UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

OTÁVIO AUGUSTO RIGHETTI DAL BELLO

A função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no Estado Democrático de Direito

Ribeirão Preto

2016

OTÁVIO AUGUSTO RIGHETTI DAL BELLO

A função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no Estado Democrático de Direito

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências. Versão Corrigida. A original encontra-se disponível no Serviço de Pós-Graduação da FDRP/USP.

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Orientador: Prof. Dr. Camilo Zufelato.

Ribeirão Preto

2016

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

D136f Dal Bello, Otavio Augusto Righetti
A função jurisdicional do Superior Tribunal de
Justiça no Estado Democrático de Direito / Otavio
Augusto Righetti Dal Bello; orientador Camilo
Zufelato. -- Ribeirão Preto, 2016.
245 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação
em Direito) -- Faculdade de Direito de Ribeirão
Preto, Universidade de São Paulo, 2016.

1. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2. TEORIA DAS
CORTES. 3. CORTE SUPREMA. I. Zufelato, Camilo,
orient. II. Título

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome: DAL BELLO, Otávio Augusto Righetti

Título: A função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no Estado Democrático de Direito.

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Ciências - Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

À Magali Paladini Righetti, a pessoa que me ensinou o valor da família, dos amigos e dos estudos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu pai, José Carlos Dal Bello, pelo auxílio e incentivo para que iniciasse e continuasse meus estudos na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto.

Ao meu orientador, Professor Camilo Zufelato, meus mais sinceros agradecimentos pelos ensinamentos que se estendem desde a graduação, pela paciência nas discussões, por estar sempre disponível, pela atenta leitura do texto, pela essencial colaboração e pelo detido acompanhamento do desenvolvimento deste projeto.

Aos meus amigos, Luis Felipe Ramos Cirino, Ricardo Sene Oliveira Vidigal, Raouf Kardous, Pedro Podboi Adachi, Marcelo José Faraco e Lucas Rocha B. Freiria, minha gratidão pelas conversas sobre o tema deste trabalho, por ouvirem pacientemente as angústias de um mestrando e pela leitura de capítulos desta dissertação.

RESUMO

DAL BELLO, Otávio Augusto Righetti. **A função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça**. 2016. 256 f. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2016.

O objeto de estudo desta dissertação recai sobre as funções jurisdicionais do Superior Tribunal de Justiça no Estado Democrático de Direito, visando verificar uma possível mudança na sua compreensão, atividades e competências, desde a sua criação pela Constituição de 1988 até os dias atuais e seu papel no desenvolvimento do Direito.

Para tanto, pautado nas mudanças ocorridas na passagem do modelo de Estado Legislativo Liberal para o Estado Democrático de Direito, estuda-se a evolução do papel Judiciário e suas funções como prestador de serviços e poder do Estado.

Nesse sentido, a fim de verificar os modelos de Corte que serviram de matriz para a organização do Poder Judiciário no ocidente, as diferenças de suas funções e os sistemas em que se encontram inseridas, o presente trabalho destaca a estrutura e competências da Corte de Cassação Francesa, seus reflexos na Europa continental, e o papel desempenhado pela Suprema Corte estadunidense, clássico exemplo de Corte de Precedentes.

Assim, a partir de modelos distintos de Corte, esta dissertação faz a análise da formação e estruturação do Judiciário nas Constituições brasileiras, para poder analisar, o momento de criação, as funções, prerrogativas e competências do Superior Tribunal de Justiça e a potencial mudança na sua compreensão frente às alterações legislativas e constitucionais ocorridas desde 1988, notadamente da criação de um sistema de precedentes pelo Novo Código de Processo Civil.

Por fim, o trabalho se dedica a análise de alguns julgados proferidos pelo STJ, que possam exemplificar a atuação da Corte no Estado Democrático de Direito, agindo esta como órgão apto a promover, ao lado do Poder Legislativo, o desenvolvimento do Direito em harmonia com as evoluções sociais.

PALAVRAS CHAVE: Superior Tribunal de Justiça; Teoria das cortes; Corte Suprema.

ABSTRACT

DAL BELLO, Otávio Augusto Righetti. **The Superior Tribunal de Justiça jurisdictional function on the Democratic State of Law**. 2016. 256 f. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2016.

The object study of this dissertation relapses about the Superior Court of Justice jurisdictional functions on the Democratic State of Law, aiming to verify a possible change on its comprehension, activities and competences, since its creation by the 1988 Constitution until the current days and its role on the law development.

Therefore, guided on the changes made on the passage from the Liberal Legislative State to the Democratic State of Law, is studied the evolution on the Judiciary role and its functions as service provider and State power.

In this way, in order to verify the Court models that served as pattern to the organization on the Judiciary on the west, the differences on its functions and the systems that are included on it, the present paper point out the structure and the competences of the French Court of Cassation, its reflexes on the continental Europe, and the role played by the American Supreme Court, a classical Precedent Court example.

Thus, from the distinct Court models, this dissertation makes analyses on the formation and organization of the Judiciary on the Brazilian Constitutions, in order to analyze, the creation moment, the functions, prerogatives and competences of the Superior Court of Justice and the possible change on its comprehension in front of the legislatives and constitutionals changes happened since 1988, notably from the creation of a precedents system by the New Procedural Civil Code.

Finally, the paper apply to analyze of some judgments given by the Superior Court of Justice, that can exemplify the action of the Court on the Democratic State of Law, acting as a public agency capable to promote, next to the Legislative, the development of the law in harmony with the social evolutions.

KEY WORDS: Superior Court of Justice; Courts theories; Supreme Court.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - O Poder Judiciário na Constituição de 1891.....	92
Figura 2 - O Poder Judiciário na Constituição de 1934.....	95
Figura 3 - O Poder Judiciário na Constituição de 1937.....	97
Figura 4 - O Poder Judiciário na Constituição de 1946.....	98
Figura 5 - O Poder Judiciário na Constituição de 1967.....	103
Figura 6 - O Poder Judiciário na Constituição de 1988.....	111
Figura 7 - Organização interna do Superior Tribunal de Justiça.....	143

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Processos distribuídos no STJ de 1989 a 2004.....	120
Tabela 2 - Processos distribuídos no STF de 1990 a 2004.....	121
Tabela 3 - Recursos Extraordinários distribuídos de 1990 a 2014.....	131
Tabela 4 - Recursos Especiais distribuídos de 2002 a 2015.....	133

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Evolução dos processos distribuídos no STJ de 1989 a 2004.....	121
Gráfico 2 - Evolução dos processos distribuídos no STF de 1990 a 2004.	122
Gráfico 3 - Evolução dos Recursos Extraordinários distribuídos de 1990 a 2014.....	132
Gráfico 4 - Evolução dos Recursos Especiais distribuídos de 2002 a 2015.....	134

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO	13
2 - O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTEXTO DOS MODELOS DE ESTADO: SÍNTESE EVOLUTIVA	19
2.1 – Do Estado Legislativo ao Estado Constitucional.....	20
2.2 – O Poder Judiciário no Estado Legislativo Liberal.	22
2.3 – O Poder Judiciário no Estado do Bem Estar Social.....	31
2.4 – O Poder Judiciário no Estado Constitucional.	32
3 – MODELOS DE CORTE NA EUROPA CONTINENTAL: AS CORTES DE CASSAÇÃO FRANCESA E ITALIANA E A CORTE DE REVISÃO ALEMÃ.	45
3.1 – A Corte de Cassação francesa.....	48
3.2 – A Corte de Cassação italiana.	56
3.3 – A Corte de Revisão alemã.	58
4 – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: A SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA	63
4.1 – Da formação da <i>Common Law</i> inglesa.	63
4.2 – O Sistema Judiciário Norte-Americano.....	72
4.2.1 – A Suprema Corte Norte-Americana.....	79
5 – DAS CORTES BRASILEIRAS: FORMAÇÃO E EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO	87
5.1 – Do Judiciário na Constituição de 1824.....	88
5.2 – Do Judiciário na Constituição de 1891.....	90
5.3 – Do Judiciário na Constituição de 1934.....	94
5.4 – O Judiciário na Constituição de 1937.....	96
5.5 – O Judiciário na Constituição de 1946.....	98
5.6 – O Judiciário durante o Regime Militar.	101

5.7 – O Judiciário na Constituição de 1988.	104
5.7.1 – As discussões sobre a criação do Superior Tribunal de Justiça na Assembleia Nacional Constituinte.	113
5.7.2 – A Reforma do Judiciário – Emenda Constitucional nº 45/2004.	118
5.7.2.1 – Da Súmula Vinculante.	124
5.7.2.2 – Da Repercussão Geral.	127
5.7.2.3 – Do impacto da Emenda Constitucional nº 45/2004 na valorização da jurisprudência e na função dos tribunais de vértice.	137
6 - O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO MODELO JURISDICIONAL CONSTITUCIONAL	141
6.1 – Composição, organização interna e volume trabalho.	141
6.2 – Competências do Superior Tribunal de Justiça.....	145
6.2.1 – Recurso Especial	147
6.2.1.1. Condicionantes de admissibilidade do Recurso Especial.....	149
6.2.1.1.1 - Do Recurso Especial que alegue contrariedade ou negativa à vigência de lei federal ou tratado	155
6.2.1.1.2 - Do Recurso Especial que alegue validade de ato de governo local confrontado com lei federal.....	156
6.2.1.1.3 - Do Recurso Especial que alegue a existência de divergência jurisprudencial.	156
6.2.2 – Dos Embargos de Divergência.....	158
6.3 – Os precedentes obrigatórios no Novo Código de Processo Civil.	160
6.4 – A Teoria das Cortes e as funções do Superior Tribunal de Justiça.....	171
6.5 – O Superior Tribunal de Justiça em mutação.	182
7 – O PAPEL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO DESENVOLVIMENTO DO DIREITO	187
7.1 – O desenvolvimento do direito à adoção pelo STJ.....	192
7.2 – O desenvolvimento do direito da readaptação civil de transexuais pelo STJ.	200
7.3 – O desenvolvimento do direito a indenização pela perda da chance pelo STJ.	208

7.4 – O desenvolvimento do direito do consumidor pelo STJ.....	213
8 - CONCLUSÃO	219
BIBLIOGRAFIA	225

1 - INTRODUÇÃO

O objeto de estudo desta dissertação recai sobre as funções jurisdicionais do Superior Tribunal de Justiça no Estado Democrático de Direito, visando verificar uma possível mudança na sua compreensão, atividades e competências, desde a sua criação pela Constituição de 1988 até os dias atuais.

Para se tornar possível o estudo das funções atinentes ao Superior Tribunal de Justiça e a análise de uma eventual colaboração desta Corte com o Poder Legislativo no desenvolvimento do Direito, o presente trabalho inicia-se debruçado sobre as alterações ocorridas na passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional¹ e as funções do Judiciário nestes modelos estatais.

O começo deste trabalho, baseado nas mudanças advindas da transição do modelo de Estado de Direito Legislativo para o Estado Constitucional, é de grande importância para o desenvolvimento do objeto deste trabalho, vez que levou, segundo Mitidiero (2013, pp. 13-16), em três alterações na própria compreensão do Direito, a saber: i) mudança na teoria das normas, passando-se a se enquadrar como tais: princípios, regras e postulados, adquirindo o ordenamento jurídico uma feição complexa com verdadeira pluralidade fragmentada de fontes; ii) mudança na técnica legislativa, com a constante utilização de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais; e iii) alteração na interpretação jurídica, que passa a distinguir texto de norma, afirmando ser a última o fruto da outorga de sentido aos textos legislativos pelos seus destinatários.

Assim, sendo o Poder Judiciário, em especial o Superior Tribunal de Justiça, ponto central deste estudo, faz-se necessária a análise das formas de Estado e o exame do papel das Cortes nestes modelos estatais, vez que, como acima apontado, a alteração da própria compreensão do Direito, que se deu a partir do advento do Estado Constitucional, teve o

¹ Sobre o conceito de Estado Constitucional, compartilhamos o conceito cunhado por J. J. Gomes Canotilho (2003, pp. 97-100) que aponta ser o Estado Constitucional não apenas um Estado de direito, mas sim àquele que se estrutura como um Estado de direito democrático, ou seja, cuja ordem de domínio encontre-se legitimada pelo povo, devendo a articulação entre direito e poder encontre-se organizada para que o poder seja exercido em termos democráticos. Nesse sentido, afirma: “O **Estado constitucional** é “mais” do que Estado de direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para “travar” o poder (*to check the power*); foi também reclamado pela necessidade de *legitimação* do mesmo poder (*to legitimize State power*). Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é a da *legitimidade de uma ordem de domínio* e da *legitimação do exercício do poder político*”. Assim, o Estado Constitucional aqui tratado, não é visto apenas pela existência de um texto constitucional formal, mas sim pela adoção, por meio da Constituição, de um “catálogo de direitos fundamentais como limites às maiorias” (BARBOZA. 2014, p. 21).

condão de retirar do Judiciário o papel de poder nulo – simples *bouche de la loi* –, transformando seu exercício em atividade jurisdicional pautada na promoção da legalidade, o que possibilita, a partir da interpretação do texto legislativo, a formação da norma que esteja de acordo com os avanços da realidade social, promovendo, em consequência, o desenvolvimento do Direito.

Neste cenário, a realidade posta pelo Estado Constitucional, faz com que o Judiciário não seja mais entendido simplesmente como prestador de serviços incumbido de tutelar a legalidade, colocar fim a lide entre particulares e pacificar os conflitos sociais, mas, também, como Poder responsável por dar forma ao texto legislativo por meio da interpretação jurídica.

Dotado, portanto, de funções voltadas a ofertar a justa decisão aos embates entre particulares, bem como de promover a legalidade por meio de decisões que outorguem sentido à lei, viu-se potencializada a necessidade de uma coerente e complexa organização da estrutura judiciária.

Referida estrutura deve ser apta a garantir a efetiva prestação jurisdicional, que compreende, para além da primeira função a ser atendida, a missão formar e manter uma jurisprudência uniformizada, estável, íntegra e coerente, a fim de garantir os princípios da segurança jurídica e da igualdade, o que pode ocorrer por meio da formação de precedentes judiciais².

Para tanto, torna-se de rigor, no Estado de matriz constitucional, a distinção entre as funções desempenhadas pelas Cortes, as quais podem ser divididas entre aquelas atuem principalmente com o intuito de prolatar decisões justas e as que tenham como escopo central enriquecer, de forma coerente e consciente, o estoque de normas³, garantindo o pleno acesso à ordem jurídica justa e a durabilidade do texto legislativo, vez que o Judiciário reveste-se como instrumento de desenvolvimento do Direito.

Nessa linha, ao traçar um estudo sobre os diversos modelos de Cortes de Cúpula existentes, Taruffo (2011, p. 14) aponta duas funções comuns as Cortes Supremas que vem a ser: *tutela e promoção* da legalidade. A primeira delas acontece de forma reativa, ou seja, a intervenção da Corte se dá no sentido de eliminar tal transgressão, vez que atua quando já ocorreu a violação ao direito; por outro lado, a segunda tem natureza pró-ativa, pois ocorre

² Ao tratar sobre precedentes, Estefânia Maria de Queiroz Barboza assim os define: “O precedente é, por definição, a prática de decidir casos com base nas decisões tomadas em casos similares no passado por meio de mecanismos que identificam a experiência comum ou questões semelhantes entre os casos” (2014, p. 198).

³ Nesse sentido, Mitidiero (2013, p. 30) afirma: “uma organização judiciária ideal parte do pressuposto da necessidade uma cisão entre cortes para decisão justa e cortes para formação de precedentes”.

quando a decisão da Corte tem como finalidade obter efeitos futuros, na busca de prevenir violações à lei e incentivar a evolução e transformação do Direito.

Em frente às comuns funções das Cortes Supremas – tutela e promoção da legalidade – o acesso à ordem jurídica justa deve ser entendido também como a busca e consolidação de um sistema judiciário que garanta a previsibilidade das decisões. Para tanto, necessário se faz que o papel desempenhado pelos Tribunais de Cúpula seja primordialmente voltado ao futuro, buscando promover, por meio dos precedentes firmados, a segurança jurídica e a igualdade, pois a previsibilidade, advindas de decisões estáveis e vinculantes para si e para as demais instâncias, constitui valor indispensável para que o indivíduo possa, de forma livre e autônoma, desenvolver-se plenamente no Estado de Direito (MARINONI. 2014, p. 137).

Assim, a partir da necessidade, em uma sociedade complexa e mutante, do constante desenvolvimento do Direito e da previsibilidade das decisões judiciais, Taruffo (2011, p. 32) anota a tendência de que as Cortes Supremas mirem decisões para o futuro, que assumam uma postura pró-ativa, buscando garantir a promoção do Direito, por meio da correta interpretação e aplicação de precedentes.

Contudo, o modelo de Corte Suprema desenhado por Michele Taruffo (2011, pp. 32-33) prevê a existência de alguns mecanismos que a possibilite trabalhar de acordo com suas funções, quais sejam: i) o tribunal deve proceder a seleção dos recursos que deve julgar, não somente com o escopo de diminuir sua carga de trabalho ou de consolidar e impor sua jurisprudência, mas tendo como fundamento central a possibilidade de intervir pormenorizadamente nas relevantes questões que são levadas a sua apreciação; ii) redução do número de decisões, o que implica maior autoridade destas, que poderá gerar uma relativa uniformidade da jurisprudência; iii) abertura da corte ao direito estrangeiro, principalmente quando se trata de princípios tratados em níveis globais e; iv) caso de corte tenha natureza constitucional, importante se faz a legitimação de todos para propor ações diretas.

Neste sentido, para que se possa analisar as funções, estrutura e forma de funcionamento das Cortes de Cúpula, buscando verificar qual o modelo observado quando da criação do Superior Tribunal de Justiça, bem como uma possível mudança nas suas funções nestes 25 anos de sua fundação e seu lugar na complexa organização judiciária exigida pelo Estado Constitucional, importante se faz o estudo da *Supreme Court* norte-americana e da *Cour de Cassation* francesa, vez que são tidos como os principais modelos da estrutura judiciária suprema ocidental.

Outrossim, o estudo dos Tribunais de Vértice francês e estadunidense tem como finalidade demonstrar as principais características destes modelos de Cortes, quais sejam: i) a

diferença entre tutela e promoção da legalidade; ii) os instrumentos utilizados para formação do precedente e para se alcançar a correta aplicação do Direito nas decisões recorridas; iii) a natureza do recurso excepcional em tais modelos de Corte; e iv) a existência/inexistência de filtros recursais como instrumentos que possibilitem o cumprimento das funções de tais Cortes, para, por fim, demonstrar os desdobramentos do modelo cassacional na Europa continental, por meio da breve análise da *Corte di Cassazione* italiana e do *Bundesgerichtshof* alemão.

A escolha da Corte de Cassação italiana e da Suprema Corte Federal alemã para análise e demonstração da evolução do modelo de Tribunal criado pós-revolução francesa, ocorre, no caso daquela, pela influência do direito processual civil italiano no ordenamento jurídico brasileiro e pela similitude da atual situação do tribunal com o Superior Tribunal de Justiça, já no que tange ao *Bundesgerichtshof*, sua análise se dá pelo fato de ser tratado como exemplo de guinada de funções, deixando de atuar voltado para o passado, para desempenhar uma atividade pró-ativa, o que se deu por meio de alterações legislativas que instituíram filtros recursais aos apelos encaminhados à Corte.

Desta feita, a primeira parte deste trabalho tem como finalidade apresentar a evolução das funções atribuídas ao Judiciário e sua posição frente aos demais poderes nos modelos de Estado Legislativo, Social e Constitucional, analisando-se, por fim, os padrões de Corte de Cassação e de Precedentes criados na França pós 1789 e nos Estados Unidos da América independente.

Traçada a evolução e do Judiciário, tanto na Europa continental como nos Estados Unidos da América, passa-se ao estudo das funções, organização e estrutura deste Poder nas Cartas Constitucionais brasileiras, a fim de demonstrar suas duas faces, quais sejam: prestador de serviços e poder do Estado (SADEK. 2004, p. 79), bem como a adoção de um organização judiciária pautada em um paradoxo metodológico (DINAMARCO. 2013, pp. 56-57) notado desde a Constituição de 1891, que importa um ordenamento jurídico constitucional baseado no modelo norte-americano de Corte Suprema, mas que carrega consigo a matriz do Direito europeu continental privado e público infraconstitucional.

Trazer à luz a história do Judiciário brasileiro é importante para que se entenda a forma como foram pensados e estruturados os órgãos deste Poder na Constituição de 1988, notadamente os motivos determinantes que levaram à criação do Superior Tribunal de Justiça, quais os antecedentes históricos dos expedientes processuais que lhe são conferidos e qual seu papel no Estado Constitucional.

E, para descobrir o modelo de Corte que guiou a criação do STJ, as funções e institutos que lhe foram atribuídas pelo Constituinte originário, importante se faz a análise dos documentos da época, principalmente as discussões travadas nas Comissões da Assembleia Nacional Constituinte, as quais corroboram a tradição legalista brasileira e levam à formação de uma Corte voltada a tutelar a legalidade das decisões recorridas, vez que aberta, nos termos do artigo 105, III da Constituição Federal, à ampla recorribilidade, inexistindo filtros seletores que permitam a escolha dos casos que tragam em seu bojo interesses maiores do que os subjetivos anseios das partes envolvidas.

No que toca ao Superior Tribunal de Justiça – objeto de estudo da presente pesquisa –, da análise das discussões constituintes restará nítido que sua criação pela Constituição Federal de 1988 teve, além de servir como uma válvula de escape ao enorme volume de trabalho que atingia o Supremo Tribunal Federal, o viés de remodelar a organização judiciária brasileira, vez que lhe foi conferido, por meio do Recurso Especial, a incumbência de ser o defensor da lei federal e unificador do direito (CINTRA; GRIONOVER; DINAMARCO. 2013, p. 213).

Entretanto, em que pese o Brasil ser um país de tradição híbrida, “voltado à garantia dos direitos fundamentais, sendo o Judiciário uma instituição de garantia de segundo grau que atua, inclusive, em face dos demais poderes” (ZANETI. 2015, p. 381), nota-se que o Tribunal da Cidadania surge, em um Brasil ainda apegado proeminência do Legislador, para desempenhar o papel de corrigir e controlar as decisões das instâncias hierarquicamente inferiores, ou seja, aferir e revelar a inequívoca vontade do membro do Poder Legislativo (ZUFELATO. 2015, p. 122).

Assim, o papel de Corte de Revisão do STJ fica ainda mais claro quando se analisa o assustador número de recursos excepcionais que são processados e julgados anualmente⁴ - no primeiro semestre de 2016 foram julgados 223 mil processos (BRASIL. 2016a) – o que resulta de uma cultura demandista e da falta de filtros recursais, elementos que impedem uma verdadeira guinada das funções atribuídas e o consequente desempenho de atividades de uma Corte Suprema, apta a garantir, no Estado Constitucional, a igualdade e a segurança jurídica por meio da prolação de precedentes.

Nesse sentido, inexistentes filtros seletores que permitam ao Superior Tribunal de Justiça elencar os feitos que entende ser necessário julgar, o que permitiria utilizar dos recursos como forma de se pronunciar sobre questões de fundamental importância ao desenvolvimento e promover a unidade do Direito, vê-se a Corte com um gigantesco estoque

⁴ Em 27 de julho de 2016 encontravam-se 339.251 processos em estoque no Superior Tribunal de Justiça, tendo se notado um aumento em 20% de feitos distribuídos em igual período no ano de 2015 (BRASIL. 2016a).

de processos a serem julgados e produzindo uma jurisprudência cambiante, sem conseguir dar cumprimento a sua função constitucional de ser defensor e unificador da lei federal infraconstitucional.

Dado tal cenário a seguinte indagação busca ser respondida nesta dissertação: o modelo de Corte adotado quando da criação do Superior Tribunal de Justiça condiz com os fundamentos do Estado Constitucional e proporciona o desenvolvimento do Direito?

Pautado neste questionamento, a partir da análise de doutrina nacional e estrangeira sobre a teoria das Cortes, de documentos legislativos e históricos, bem como do estudo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o presente trabalho busca traçar a evolução do STJ desde sua criação, apontando o lugar a ser ocupado e o papel a ser desempenhado pela Corte, em face aos desafios impostos pela compreensão do Direito no Estado Constitucional e a uma nova sistemática processual.

A partir da posição e das adequações necessárias para o Superior Tribunal de Justiça possa atuar em harmonia com as diretrizes de um Estado que compreende a diferença entre texto e norma, dotado de uma complexa estrutura judiciária e fragmentada pluralidade de fontes, o trabalho se debruça sobre a forma como a Corte pode colaborar, por meio da interpretação do texto legislativo, com o desenvolvimento do Direito.

Nesse sentido, com intuito de demonstrar o desenvolvimento do Direito por parte do Judiciário que se encontra imerso em um modelo de Estado Constitucional, a dissertação analisa, de forma aleatória, alguns julgados nos quais pode ser notada uma preocupação maior do que a simples solução da lide, nos quais o Tribunal esteve atento as evoluções sociais ao seu entorno e, por meio da interpretação, outorgando sentido ao texto, por vezes vago, impreciso e ambíguo, deu voz e efetividade a Direitos, gerando o aprimoramento, evolução e adequação da ordem jurídica à realidade posta.

2 - O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTEXTO DOS MODELOS DE ESTADO: SÍNTESE EVOLUTIVA

O presente estudo tem como escopo demonstrar o papel a ser desempenhado pelo Superior Tribunal de Justiça no Estado Constitucional de Direito, traçando assim as competências, prerrogativas e funções que lhe devem ser atribuídas a fim de se verificar a possibilidade de atuar como instrumento apto a prestar, de forma efetiva, a tutela jurisdicional, bem como tornar-se um colaborador, ao lado do Poder Legislativo, do desenvolvimento do Direito.

Para tanto, antes de se adentrar nas funções, competências e prerrogativas do Superior Tribunal de Justiça no Estado Constitucional, importante se faz a análise, mesmo que de forma breve, da evolução do papel do Poder Judiciário nos diferentes modelos de Estado, para que nos próximos capítulos sejam analisados alguns modelos de Corte.

Com este intuito, destaca-se desde já que, segundo Tércio Ferraz de Sampaio Junior (1994, p. 40), o Poder Judiciário é comumente descrito pela doutrina como sendo um dos três Poderes do Estado, autônomo e independente frente aos demais, sendo-lhe atribuída a função de aplicar a lei aos casos particulares que se encontrem em litígio; assegurando, em consequência, a inviolabilidade dos direitos individuais.

O posicionamento do Judiciário perante aos demais poderes do Estado e sua diferenciação quanto ao Executivo se dá pelo fato daquele aplicar a lei em casos contenciosos, encontrando-se apto a se pronunciar somente nos casos litigiosos em que provocado, manifestando-se, salvo expressas exceções, sobre casos individualizados. Já em face ao Poder Legislativo, o Judiciário se difere, em princípio, pelo fato de suas decisões serem programadas e não programantes, ou seja, baseadas no texto legal, Constituição, princípios gerais do direito etc., bem como pelo fato dos efeitos de suas decisões, em geral, estarem restritas para o caso no qual foi provocado (SAMPAIO JÚNIOR. 1994, p. 40).

Assim, na modelagem do Estado Liberal ou do Estado Social (abaixo conceituados), o Judiciário tem como referência central o próprio Estado, seja na tarefa de conferir eficácia aos direitos individuais, seja, no segundo modelo, na missão de, além de resolver os conflitos individuais, fiscalizar o respeito aos direitos sociais, contribuindo com o processo de escolhas públicas.

Entretanto, perante a “perda da centralidade dos Estados Nacionais como polos do poder político”⁵ (CAMPILONGO. 2011, p. 29), o Judiciário vê-se diante de um enorme desafio e de mudanças gigantescas, sendo necessário repensar suas funções e escopos, a fim de que possa prestar de forma efetiva a tutela da dignidade da pessoa humana.

Em frente aos novos desafios impostos ao Poder Judiciário, tornam-se importantes os debates que não se prenam a discutir os problemas judiciais com base nos defeitos pessoais dos juízes, atribuí-los as carências materiais ou a uma legislação processual obsolta, mas que busquem verificar as funções que se quer atribuir ao Judiciário, bem como a distribuição orgânica destas competências, para que este possa ser reconhecido como instrumento de desenvolvimento e prestador de efetiva tutela jurisdicional.

Desta forma, sobre a necessidade de se determinar claramente as funções do Judiciário, para que este tenha capacidade de funcionar a contento, Zaffaroni (1995, pp. 21-22) afirma:

Qualquer instituição deve cumprir determinadas funções e sua estrutura organizada dependerá da clara atribuição prévia dessas funções, quer dizer, a estrutura otimizada de uma instituição será sempre a que a capacite para o melhor desempenho do que a ela será cometido. Quando o que lhe é cometido não seja bem definido, ainda menos definidos serão seus modelos estruturais.

Nesta linha, para que se possa apontar qual o papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário no Estado Constitucional, quais são as funções atinentes ao Superior Tribunal de Justiça e seus limites, passa-se a se apresentar o desenvolvimento histórico do Judiciário e sua relação com os demais poderes, a fim de ofertar subsídios ao desenvolvimento do tema central da presente dissertação, qual seja: o papel de específica corte no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a possibilidade de atuação como instrumento de desenvolvimento do Direito.

2.1 – Do Estado Legislativo ao Estado Constitucional

A evolução do conceito de Estado de Direito compreende amplo objeto de estudo, sendo possível a elaboração de dissertações e teses que se debrucem unicamente a este tema;

⁵ Sobre a perda da centralidade dos Estados Nacionais e a consequente mudança imposta ao Poder Judiciário, Campilongo (2011, p. 29) aponta as seguintes mudanças: “Do prisma econômico, a chamada globalização representa pelo menos um brutal esvaziamento da territorialidade. Do ponto de vista político, a formação de grandes blocos e os organismos supranacionais relativizam a soberania. Do prisma jurídico, o direito do mercado globalizado flexibiliza o direito positivo estatal em todos os planos (direitos individuais, políticos e sociais)”.

todavia, para o desenvolvimento do presente trabalho, é importante traçar apontamentos sobre a transformação do Estado Legislativo em Estado Constitucional, vez que a partir de tal guinada alterou-se a própria compreensão do Direito e, em consequência, tornou-se necessária uma adequação das funções dos Tribunais de Cúpula e da própria organização do Judiciário, a fim de se garantir a prestação jurisdicional efetiva.

A passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional⁶ gerou verdadeira mudança na forma como o Direito é compreendido, vez que se viu alterada: i) a teoria das normas; ii) a técnica legislativa; e iii) a interpretação jurídica (MITIDIERO. 2013, pp. 13-14), elementos estes que serão melhor analisados no ponto 2.4 deste capítulo.

Em revisão histórica sobre a formação do Estado de Direito, afirma-se que seu surgimento se deu no momento em que se pode afirmar a existência de freios à atividade estatal por meio da lei. Nesse sentido, Gilmar Mendes (2009, p. 64) afirma que apesar do conceito ter sido inicialmente polêmico, vez que se opôs ao Estado absolutista, Estado poder, o Estado polícia ou o Estado invasor⁷, o Estado de Direito pode, em essência, ser considerado aquele que se encontra submetido ao Direito, ou seja, cujo poder e atividade estão controlados pela lei, a qual deve ser entendida como expressão da vontade geral.

Assim, a evolução histórica do Estado de Direito, que levou à formação do Estado Democrático de Direito⁸ ocorreu de forma gradual e não linear, sendo que os direitos foram paulatinamente conquistados, o que se deu por meio de um processo marcado por avanços e retrocessos, observados os contextos e as variáveis distintas de cada época.

Nesse sentido, a fim de ilustrar as transformações do Estado, baseado na tipologia predominante na doutrina, que divide os modelos de Estado de Direito em Estado *Liberal*, *Social e Democrático*, para por fim abordar as mudanças na compreensão do Direito no Estado Constitucional, far-se-á um breve resgate histórico dessa evolução a partir do papel e das características do Poder Judiciário em tais períodos.

⁶ O Estado Constitucional é entendido não pela mera existência de Constituição formal em determinado ordenamento jurídico, mas sim o constitucionalismo é aqui tratado a partir da averiguação de uma constituição que se revista na qualidade de um catálogo de direitos fundamentais, sendo verdadeiro instrumento de imposição de limites às maiorias.

⁷ Para um estudo mais aprofundado sobre as formas de Estado, adotando-se critérios históricos com apresentação dos modelos de Estado feudal, estamental, absoluto e representativo e, também relativo a maior ou menor em detrimento da sociedade, com a descrição das características do Estado confessional em face do Estado laico e do Estado intervencionista em face do Estado abstencionista, consultar BOBBIO. 2007, pp. 53-135.

⁸ Ao traçar os elementos necessários à configuração do Estado Democrático de Direito, Gilmar Mendes (2009, p. 65) aponta os seguintes fatores essenciais: e existência de uma ordem jurídica que se organiza sob o primado o Direito, que compreende um sistema de normas democraticamente estabelecidas, que cumpram as seguintes exigências: i) a lei como expressão da vontade geral; ii) divisão dos poderes em legislativo, executivo e judiciário; iii) administração prescrita ao princípio da legalidade e; iv) garantia dos direitos fundamentais.

2.2 – O Poder Judiciário no Estado Legislativo Liberal.

Para se entender os anseios que levaram a formação do Estado de natureza legislativa, inicialmente de cunho liberal e, conseqüentemente, a posição e funções do Poder Judiciário nesta estrutura estatal, importante destacar que no modelo de Estado que o antecedeu, – Estado Absolutista –, a lei era tida como o reflexo da vontade arbitrária e egoísta do monarca, estando a atividade do Judiciário baseada em uma racionalidade substancial, a qual buscava como norma de reconhecimento para o direito válido a própria justiça, inexistindo, portanto, critérios objetivos a serem seguidos, o que facilitava a reiterada prática de abusos e desmandos pela autoridade estatal, notadamente pela magistratura que, não raramente, decidia em favor de interesses pessoais ou de seus protegidos.

No modelo monárquico absolutista francês o Poder Judiciário era visto com desconfiança pelo povo, vez que a liberdade dos magistrados na manipulação da lei facilitava a promoção de desmandos, gerando incerteza e instabilidade das decisões, as quais se davam, sob o pretexto da interpretação do texto legal, na busca de favorecer determinados interesses egoísticos.

Nesse sentido, a liberdade dos juízes na manipulação do texto legal, gerou conflito com o próprio monarca que, a fim de manter subordinada a atividade do aparato judicial, instituiu o *Conseil des parties*, órgão do Conselho de Estado francês para o qual eram dirigidos recursos – *demande en cassation* – visando a anulação de sentenças que contrariassem as vontades do monarca, ou seja, tal instituto tinha como finalidade tutelar os anseios reais; sendo tal órgão, segundo Calamandrei (1945, p. 29) o arquétipo do Tribunal de Cassação instalado pós-revolução, o qual será melhor explanado no capítulo seguinte.

Tal modelo estatal, eivado por uma magistratura não confiável e em constante conflito com o poder real, viu-se desmantelada por meio da Revolução Francesa⁹ (BONAVIDES. 2008, p. 36), evento que fez emergir o Estado de natureza legislativa liberal, o qual surge com o objetivo de frear os desmandos do *Ancien Régime*, consubstanciando-se na fundamental ideia de limitação da autoridade governativa, o que se deu com o erigir do princípio da legalidade, que alçou a lei ao patamar de um ato supremo, tornando impossível que à

⁹ Sobre a importância da Revolução Francesa na mudança de paradigmas sobre o próprio Estado, Luis Roberto Barroso (2009, p. 25) afirma: “[...] foi a revolução francesa com seu caráter universal, que incentivou o mundo e mudou a face do Estado – convertido de absolutista à liberal – e da sociedade, não mais feudal e aristocrática, mas burguesa. Mais que isso: em meio aos acontecimentos, o povo torna-se tardiamente, agente de sua própria história. Não ainda como protagonista já que a hora era da burguesia”.

administração¹⁰ e os juízes¹¹ invocassem, em seu favor, direito ou razão pública que contrariasse a legislação (MARINONI. 2013, p. 23).

Portanto, os ideais revolucionários, baseados na teoria de Rousseau, aposta no livro “Do Contrato Social”, pregavam que a lei não deve mais ser encarada como a mera expressão da vontade do monarca absoluto, mas sim como expressão da “vontade geral”¹² na busca do bem comum, externada por representantes do povo soberano atuantes em um Parlamento.

Calamandrei (1945, p. 27), ao tratar sobre o novo conceito de Lei para o Estado Legislativo, afirma:

Mientras, bajo la autocracia, en la que tenía fuerza obligatoria todo aquello que el príncipe ordenaba *quod principi placuit*, la ley no era más que la voluntad, con frecuencia abritraria, de un monarca irresponsable, en la constitución edificada por la Asamblea nacional la ley era la expresión de la voluntad general, el común mandato de todo el pueblo asociado espontáneamente en el Estado.

Desta feita, o Estado legislativo liberal – também denominado de *paleojuspositivista* –, surge como contraponto ao modelo jurisprudencial havido até então, no qual não se notava nem a supremacia da lei, nem mesmo o centralismo jurídico, recaindo a norma de reconhecimento sobre a intrínseca justiça ou racionalidade da decisão.

Em contraponto ao modelo Absolutista anterior, que não se legitimava pela produção legislativa, vez que se notava a existência de um plexo de fontes e jurisdições¹³, o que impedia a instituição de um procedimento que por si só conferisse validade à norma, sendo a verdade jurídica entendida por meio da visão de justiça, a qual se acreditava ser dedutível a

¹⁰ Sobre a vinculação da Administração ao princípio da legalidade, Gustavo Benenbojm (2005, p. 28) afirma: “à administração restaria, assim, uma função meramente executiva, de cumprimento mecânico da vontade já manifestada pelo legislador. Surge, destarte, a ideia da legalidade como vinculação positiva à lei: se aos particulares, em prestígio e valorização da sua autonomia público e privada, é permitido fazer tudo aquilo que não lhes for vedado pela lei, à Administração Pública cabe agir tão somente de acordo com o que a lei prescreve ou faculta”.

¹¹ Segundo Luiz Guilherme Marinoni (2014, p. 27), a figura do juiz como “boca da lei”, adstrito à legalidade e impedido de interpretar o texto legal advém da própria figura do magistrado no período pré-revolucionário, no qual “os juízes pré-revolucionários exerciam suas funções em nome de seus interesses pessoais, mantinham laços espúrios com as classes privilegiadas, especialmente com a classe feudal, os cargos judiciais eram herdados e comprados. Aplicavam ou não aplicavam a lei, elaborando decisões sem qualquer fundamento”.

¹² Ao tratar sobre o conceito de “vontade geral” no livro *Do Contrato Social*, Rousseau (2000, p. 91) afirma sê-lo o fator de unificação das diversidades dos contratantes, meio apto a se buscar e efetivar o interesse comum, como se depreende do seguinte trecho: “[...] a vontade geral é sempre certa e tende sempre à utilidade pública; donde não se segue, contudo, que as deliberações do povo tenham sempre a mesma exatidão. Deseja-se sempre o próprio bem, mas nem sempre se sabe onde ele próprio está”.

¹³ Sobre a forma do controle da jurisdição no Estado Absolutista e o plexo de fontes do direito, Ferraz Júnior (1994, pp. 40-41) leciona: “Até a Revolução Francesa, toda soberania residia no senhor territorial ou no rei. Esta forma muito concreta e personalíssima de simbolizar o centro único de normatividade colocava, no entanto, alguns problemas práticos de jurisdição. [...] o rei, não podendo saber tudo, nem estar presente em toda a parte e, em consequência, não lhe sendo possível prover a todos as mesmas situações que ocorrem em todos os lugares de seu reino e que requerem ser regulamentadas prontamente, permitia às cortes soberanas fazer os regulamentos. Estes, porém, eram provisórios e feitos sob sua condescendência”.

partir de uma intrínseca completude e coerência natural (ZANETI. 2015, p. 100), o Estado Legislativo buscou apoiar-se em um extremo formalismo, alterando desta maneira a norma de reconhecimento do próprio direito; tendo Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1994, p. 43) tratado tema da seguinte forma:

Antes [Antigo Regime] encarava-se o direito como uma expectativa ética de padrão de comportamento, predeterminado por valores-fins, donde o juízo como um ato da razão e a jurisdição como uma atividade decorrente da virtude da justiça; agora [Estado Legislativo], o direito é visto como um programa funcional, hipotético e condicional (se... então), donde uma certa automaticidade do julgamento, que se libera de complicados controles de finalidades de longo prazo e se reduz a controles diretos, caso a caso.

Nessa linha, a mudança na norma de reconhecimento deu-se devido à averiguação dos abusos cometidos em um modelo de caráter jurisprudencial que não se encontrava forjado em qualquer critério objetivo de controle do poder, surgindo, assim, a necessidade de se criarem mecanismo para frear os desmandos advindos de um modelo jurisprudencial; o que se deu com o surgimento do Estado Legislativo, que passa a ter como escopo o enfraquecimento da autoridade estatal e a restrição de sua atividade na esfera da liberdade individual, sendo o momento da afirmação da primeira geração de direitos fundamentais, os denominados direitos negativos (GRINOVER. 2009, pp. 36-37).

Destarte, o Estado paleojuspositivista aparece como uma forma de libertação do próprio Estado das mãos do monarca absoluto, fortalecendo-se, para tanto, o Poder Legislativo; todavia, a robusta supremacia dada ao legislador tornou possível afirmar que na Europa continental do século XIX “o absolutismo do rei foi substituído pelo absolutismo da assembleia parlamentar” (MARINONI. 2013, p. 24), vez que uma nova classe ascendia e buscava seus espaços nos centros decisórios que, propositadamente, foi transferido ao Parlamento.

Assim, o protagonismo político do Poder Legislativo na superação do modelo Absolutista de Estado deu-se com a finalidade de atingir os objetivos da classe ascendente, quais sejam: i) focar o centro da decisão política para arena na qual a burguesia pudesse ditar suas vontades (Parlamento); ii) controlar o executivo por meio de imposição de limites ao monarca; e iii) manter o Judiciário afastado das interferências políticas, orientando-o com critérios decisórios transparentes e previamente conhecidos (CAMPILONGO. 2011, p.32).

A partir do patamar a que foi alçado o princípio da legalidade no Estado Liberal, passou-se a confundir o Direito com o próprio texto legal; afirmando-se que a validade da norma se dava a partir da fria análise do respeito às formalidades necessárias à sua produção,

ou seja, o respeito ao regular procedimento e à edição por parte de autoridade competente para tal ato.

Dessa forma, tanto o Poder Executivo como o Poder Judiciário assumiram papéis subordinados, cabendo ao primeiro atuar quando autorizado pela lei e ao segundo a simples aplicação do texto legal, sem poder sequer interpretá-la, desempenhando o juiz, conforme a teoria de Montesquieu (1748, p. 78)¹⁴, o papel de *bouche de la loi*, motivo pelo qual o poder de julgar passou a ser visto como um poder nulo¹⁵.

Contudo, importante destacar que a teoria da Divisão dos Poderes de Montesquieu originou diferentes visões sobre o Poder Judiciário, a primeira, acima descrita, operou na Europa Continental, já a segunda foi aplicada na tradição jurídica da *Common Law*¹⁶ (para melhor visualização do papel do Judiciário na teoria da separação dos poderes, tratar-se-á nos capítulos seguintes os modelos de tribunais de cúpula adotados na França pós-Revolução e nos Estados Unidos da América quando da sua formação, passando ainda pela atual composição e funcionamento dos tribunais francês, italiano, alemão e norte-americano).

Na França pós-revolucionária, a referida teoria foi recepcionada como forma de conter o poder dos juízes, devido à experiência de abuso de poder vivida no *Ancien Régime*; já para o constitucionalismo estadunidense¹⁷, o magistrado passou a ser encarado como o garante da Constituição, aquele que coloca limites ao Legislativo; visto que a ameaça a ser contida

¹⁴ Sobre a função do judiciário e o papel do juiz como mero revelador do direito já produzido pelo Poder Legislativo, Montesquieu (1748, p. 78) afirma: “poderia acontecer que a lei, que ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são, como dissemos mais do que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor”.

¹⁵ Ao tratar sobre o modo teórico de aplicação do direito ao caso concreto pelo Judiciário no Estado Legislativo, Zaffaroni (1995, pp. 51-52) aponta críticas ao modelo do juiz boca da lei a suposta completude da legislação codificada, afirmando: “Daí que se acolha com beneplácito a expressão de que o juiz é a “boca da lei”, que opera o puro silogismo, que nem sequer pode interpretar a lei, tudo isso baseado em uma ingenuidade sem limites, que implica quase em pretender a supressão do serviço judiciário, com apoio em que a clareza e a ordem dos códigos praticamente permitiria a qualquer um compreender seus direitos e seus deveres, de modo que, no fim todos atendessem pacificamente suas disposições”.

¹⁶ Importante ressaltar que os sistemas de direito contemporâneos não se limitam a família da *Common Law* e *Civil Law*, sendo notória a existência de outros modelos, tais como os direitos socialistas, o Direito mulçumano, o Direito Chinês e Japonês; todavia, para o presente estudo interessa apenas a análise das tradições europeia continental e anglo-saxônica. Sobre outros sistemas de Direito consultar Martin Shapiro (1986).

¹⁷ Sobre o papel político do Poder Judiciário no século XIX importante destacar a diferença do modelo norte americano ao Europeu, tendo sido narrado por Tocqueville em “A Democracia na América”, a importância dos juízes nas decisões políticas, tendo Maria Tereza Sadek (2010, p. 29) assim sumarizado a posição do Judiciário estadunidense no século XIX: “O juiz, como integrante de um poder de Estado, representa na prática a ligação entre o Direito e a Política. Tocqueville observou que na nação norte-americana o juiz estava presente em toda ocorrência política, interferindo nos negócios públicos. Daí sua conclusão de que o juiz é uma das primeiras forças políticas na construção institucional presidencialista”.

advém das maiorias democráticas¹⁸, a denominada tirania da maioria¹⁹ (CAMPILONGO, 2011, p. 30) e não de um déspota centralizador do poder²⁰.

Assim, a diferença do poder Judiciário pós-revolução francesa e pós-revolução americana, ou seja, na Europa continental e nos Estados Unidos da América deu-se a partir da visão do “inimigo” a ser combatido em cada movimento revolucionário, bem como pela confiança/desconfiança que pairava sobre o legislador no velho e no novo continente. Sobre tais diferenças Fioravanti (2003, p. 83) afirma:

En pocas palabras, se puede afirmar que la revolución francesa confía los derechos y libertades a la obra de *un legislador virtuoso*, que es tal porque es altamente representativo del pueblo o nación, más allá de las facciones o de los intereses particulares; mientras que la revolución americana *desconfía de las virtudes de todo legislador* – también del elegido democráticamente [...], y, así confía los derechos y libertades *a la constitución*, es decir, a la posibilidad de limitar al legislador con una norma de orden superior.

Embora a existência de distinção nas interpretações da teoria da divisão dos poderes, notadamente na Europa continental, onde o poder de julgar passou a ser considerado um poder nulo, restou claro ainda, como fator necessário à garantia das liberdades formais perseguidas pelo Estado Liberal, que o Judiciário se encontrasse separado dos poderes Legislativo e Executivo, prezando por uma estanque separação dos poderes²¹, “garantindo a cada poder uma autonomia quase absoluta em sua atividade fim, como forma de reagir aos excessos do período absolutista anterior, em que todo poder era concentrado no soberano” (ZANETTI, 2015, p. 210).

¹⁸ O conceito de tirania da maioria é essencial na para a visão política de Alexis de Tocqueville (2010, p. 186), que entendia que a democracia tem como finalidade a proteção dos direitos da minoria e do indivíduo, tendo afirmado: “é da própria essência dos governos democráticos que o império da maioria seja absoluto, pois, fora da maioria, nas democracias, não existe coisa alguma que subsista”.

¹⁹ Ao tratar da diferença dos cenários políticos norte-americano e francês e a consequência disto no modelo de Judiciário adotado por cada um destes países, Zaffaroni (1995, p. 39) afirma: “Enquanto a Constituição Francesa de 1791 corresponde a uma classe que pretendia afirmar sua precária e recente hegemonia, a Constituição norte-americana corresponde a uma sociedade com classes hegemônicas assentadas e sem nenhum perigo interno comparável ao francês, sendo muito mais razoável para elas consagrar um controle externo ao legislativo, que as preservasse do risco de que uma maioria conjuntural alterasse as regras estabelecidas. Convém recordar igualmente que o caráter federativo da organização norte-americana favorecia esta decisão”.

²⁰ Notória é diferença entre o mote da Revolução Francesa e da Revolução Americana, sendo clara que para a primeira a tirania a ser derrotada era compreendida em todo um sistema, tendo Fioravanti (2003, p. 82) assim definido o que se buscava eliminar em 1789: “el tirano de la revolución francesa no está constituido por *un sujeto político-institucional definido* [...], sino más bien por una pluralidad intrincada de situaciones de privilegio, jurisdiccionales, fiscales, comerciales, relativas a los oficios públicos, que encuentran su síntesis en el concepto, cada vez más despreciado con el avance de la revolución, de ‘antiguo régimen’”. Já no contexto revolucionário americano, não se notava um antigo regime a se destruir, ou seja, deu-se sem a mesma ruptura com o modelo anterior que ocorreu na França.

²¹ A importância da teoria da separação dos poderes no contexto revolucionário francês de 1789 fica clara ao se notar o teor do artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, contida na Constituição Francesa de 1791, que dispõe *in verbis*: “A sociedade em que não assegura a garantia dos direitos nem a separação dos poderes não possui Constituição”. Para uma análise mais detida da teoria da separação dos poderes em Locke e Montesquieu e a influência dos filósofos no Estado Liberal, consultar Bonavides (2013, pp. 39-89).

Sobre o papel do juiz e a separação dos poderes no Estado Legislativo, Maria Tereza Sadek (2010, p. 28) afirma:

A separação dos poderes e a supremacia da Lei implicam a ascensão do juiz. Trata-se, entretanto, de um personagem quase anódino. Ele, na definição clássica, não é senão a “boca da lei”. O poder de julgar é, de algum modo, nulo assevera Montesquieu. A neutralidade implícita nas faculdades de julgar e de punir requer “seres inanimados”, sem paixões, distantes das mazelas do dia a dia. Uma caracterização que se contrapõe ao arbítrio, às preferências, à tendenciosidade”.

Ainda sobre a separação dos poderes para o Estado Legislativo e sua importância para a substituição do monarca como fonte de todo o Direito, Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1994, p.41), disserta:

De fato, a neutralização do Judiciário é uma das peças importantes na caracterização do estado de direito burguês. Ela se torna, no correr do século XIX, a pedra angular dos sistemas políticos desenvolvidos. Em consonância com o princípio da tripartição dos poderes, ela será o eixo que permitirá a substituição da unidade hierárquica, concretamente simbolizada pelo *rex* por uma estrutura complexa de comunicação e controle de comunicação entre forças mutuamente interligadas. A neutralização assinalará a importância da imparcialidade do juiz e o caráter necessariamente apartidário do desempenho de suas funções.

Em resumo, a supremacia da lei no Estado Liberal tem como fundamento o princípio da liberdade, buscando assegurar a que a Administração agisse tão somente nos limites autorizados pela lei, garantido, de outra banda, ao cidadão a liberdade para praticar condutas não vedadas pela legislação.

Ocorre que a elevação do princípio da legalidade, a supervalorização do Poder Legislativo e a identidade traçada entre direito e lei, sem qualquer mecanismo apto a controlar os abusos da legislação, fez com que fossem coibidos os desmandos praticados no *Ancien Régime*; abrindo-se; todavia, espaço para tirania do Legislativo.

Dessa forma, o império da lei era visto como meio de garantia à liberdade em sua concepção burguesa – visão formal de liberdade e igualdade –, surgindo, a partir deste prisma os dois princípios basilares ao Estado Liberal, o primeiro deles, o *princípio da distribuição* que prega a liberdade do indivíduo como algo anterior ao Estado, motivo pelo qual existem limites, em princípio, na invasão do Estado na esfera particular²²; o segundo refere-se ao

²² Sobre a relação havida entre indivíduo e Estado e a existência das liberdades anteriores ao Estado, Bobbio (2007, pp. 116-117) afirma: “O reconhecimento dos direitos do homem e do cidadão, primeiro apenas doutrinário através dos jusnaturalistas, depois também prático e político através das primeiras Declarações de direitos representa verdadeira revolução copernicana na história da evolução das relações entre governantes e governados: o Estado considerado não mais *ex principis* mas *ex populi*. O indivíduo vem antes do Estado. O indivíduo não é pelo Estado mas o Estado pelo indivíduo. As partes são anteriores ao Estado e não o todo anterior as partes (como em Aristóteles e Hegel). O pressuposto ético da representação dos indivíduos

princípio de organização que impõe a repartição do poder do Estado em um sistema de competências, como forma de se efetivar o princípio da distribuição.

Importante fator da predominância do Legislativo no Estado Liberal, como garantidor da liberdade e igualdade pregadas como diretrizes da Revolução, recai sobre as características da lei, a qual, a fim de vincular o próprio legislador ao seu texto, deve ser revestida de abstração e generalidade, sendo a primeira característica necessária à garantia da estabilidade do ordenamento jurídico e, a segunda, meio de se assegurar a suposta imparcialidade do poder frente aos cidadãos (CANOTILHO. 2000, p.96).

Assim, a garantia da liberdade e igualdade no Estado Liberal tem caráter formal, voltando-se a defender o indivíduo dos desmandos da Administração, não se preocupando com as diversidades sociais e a proteção dos menos favorecidos²³, vez que partindo do pressuposto de que a liberdade de todos encontrava-se assegurada pela não discriminação, ou seja, entendia-se que tratamentos diferenciados feriam o princípio da igualdade.

Em consonância com este entendimento e corroborando com a necessidade uma técnica legislativa pautada na abstração e generalidade, buscava-se à certeza do direito, desejando-se, para tanto, uma legislação clara e completa – Era das Codificações²⁴ –, a qual levaria a uma única interpretação inquestionavelmente correta, reforçando-se a imagem do juiz como mera boca da lei.

A estrutura codificada, que tinha como escopo dar completude a ordem jurídica, inexistindo, segundo o racionalismo da época, qualquer tipo de contradição, lacuna ou antinomia no sistema, impôs ao juiz do Estado Liberal a rígida e linear submissão à lei, transformando o Judiciário no único Poder constrangido a decidir (princípio do *non liquet*), vez que, face tal completude, “não há fatos ou ausência de fatos sobre os quais o juiz não possa decidir” (CAMPILONGO. 2011, p. 34).

Assim, o Estado liberal é marcado pela conquista dos direitos fundamentais de primeira geração, pela supremacia do Poder Legislativo como forma de se garantir a liberdade

considerados singularmente e não por grupos de interesse, é o reconhecimento da igualdade natural dos homens. Cada homem conta por si mesmo e não enquanto membro deste ou daquele grupo particular”.

²³ Sobre a premissa básica do Estado Liberal na proteção do indivíduo dos desmandos da autoridade estatal, Habermas (2003, p. 305) afirma: “Esse modelo parte da premissa segundo a qual a constituição do Estado de direito democrático deve repelir primariamente os perigos que podem surgir na dimensão que envolve o Estado e o cidadão, portanto nas relações entre o aparelho administrativo que detém o monopólio do poder e as pessoas privadas desarmadas. Ao passo que as relações horizontais entre as pessoas privadas, especialmente as relações intersubjetivas, não têm nenhuma força estruturadora para o esquema liberal de divisão dos poderes”.

²⁴ Segundo Zaneti (2015, p. 97) “a ‘Era dos Códigos’ se caracteriza por sistema do tipo fechado, com clara pretensão de exclusividade, unidade e completude”. Nesse sentido Van Caenegem (2011, p. 47) assim define código: “se trata de um texto novo, especialmente preparado para a ocasião, contendo uma ampla e sistemática exposição das normas de importantes campos do direito, e é promulgado como lei com o fim de substituir toas das leis anteriores e costumes”.

e a igualdade, restringindo os desmandos advindos da Autoridade estatal, por meio de uma legislação, geralmente codificada, de caráter abstrato e geral e pela estanque separação dos Poderes, cabendo ao Judiciário à função de revelar o direito posto nos textos legais.

No campo das relações privadas o modelo liberal é marcado pelo afastamento da intervenção estatal – princípio do *laissez-faire* –, contando com uma democracia fraca, limitando-se os direitos políticos aos homens instruídos e ricos²⁵.

Pautados nos princípios que regem o modelo Liberal de Estado, Boaventura de Sousa Santos, Maria Manuel Leitão Marques e João Pedroso (1995, pp. 7-9) apontam seis principais características e funções do sistema judiciário forjado à época, sendo estas:

- i) *Neutralização do Poder Judiciário*: a partir da teoria da separação dos poderes, pela qual o Poder Legislativo assume indiscutível predominância;
- ii) *Atuação retroativa dos tribunais*: ocorre devido à utilização do princípio da legalidade aliado ao princípio da subsunção racional-formal, segundo o qual a aplicação do direito se dá pela subsunção lógica dos fatos as normas sem qualquer referência social, ética ou política; cabendo assim aos tribunais atuarem em um cenário jurídico-político pré-constituído com o objetivo de reconstituir uma realidade normativa plenamente constituída;
- iii) *Atuação reativa dos tribunais*: o Poder Judiciário é apto a atuar somente quando solicitado pelas partes ou por outros setores do Estado.
- iv) *Litígios individualizados*: os litígios são definidos por claros critérios de relevância jurídica, bem como ocorrem entre indivíduos, sendo as decisões judiciais válidas tão somente para as partes envolvidas;
- v) *Segurança jurídica e universalidade da lei*: no Estado legislativo a segurança jurídica esta adstrita à generalidade e universalidade da lei, o que permite a sua aplicação automática.
- vi) *Independência dos tribunais*: o império da lei garante a total independência dos tribunais, ou seja, é possível um processo decisório independente dos

²⁵ Em resumo sobre as principais características do Estado Liberal, Gustavo Zagrebelski (1995, p. 23) afirma: “En esta nueva forma de Estado característica del siglo XIX lo que destacaba em primer plano era ‘la protección y promoción del desarrollo de todas las fuerzas naturales de la población, como objetivo de la vida de los individuos y de la sociedad’. La sociedad, con sus propias exigencias, y no la autoridad del Estado, comenzaba a ser el pinto central para la compresión del Estado de derecho. Y la ley, de ser expresión de la voluntad del Estado capaz de imponerse incondicionalmente em nombre de intereses trascendentes propios, empezaba a concebirse como instrumento de la garantía de los derechos”.

demais poderes, vez que o princípio da legalidade garante a atuação sempre conforme o texto legal.

A partir das principais características do Poder Judiciário no Estado Legislativo Liberal, nota-se seu reduzido peso político perante o Poder Executivo e principalmente em frente ao Legislativo, vez que cabiam aos juízes a simples subsunção técnica-formal do fato à norma – entendida como o texto legal –, a qual se revestia de universalidade e abstração.

Tal sistema Judiciário se limitou a tutelar os direitos negativos, pregando o afastamento da ingerência do Estado na vida privada, o que se demonstrou precário na busca pela justiça, vez que o modelo de Estado Liberal prendeu-se tão somente aos conceitos formais de igualdade e liberdade, afirmando Bonavides (2013, p. 61), apoiado em Vierkandt, que tais conceitos somente seriam corretos “se os homens fossem dotados de igual capacidade”.

Dessa forma, o Judiciário havido no modelo Legislativo e Liberal de Estado, pautado pela igualdade formal e que buscava garantir a segurança jurídica por meio da lei abstrata e universal, serviu como instrumento para mascarar um real mundo de desigualdades, que atingiam à ordem econômica, social, política e pessoal, as quais se veem ressaltadas com as transformações mundiais, notadamente a Revolução Industrial inglesa.

Nesse sentido, notou-se como fruto de tal modelo de Estado o desenvolvimento desenfreado da economia capitalista que culminou no surgimento da Revolução Industrial, levando a um agravamento das desigualdades sociais e o aparecimento da denominada questão social, que trouxe em seu bojo problemas de criminalidade, prostituição, insalubridade, entre outros (SANTOS; MARQUES; PEDROSO. 1995, p. 9).

Ao concluir sobre o modelo Judiciário havido no Estado Legislativo Liberal, Santos, Marques e Pedroso (1995, p. 10) afirmam que o papel institucional das Cortes de Justiça se voltou para “uma prática judiciária tecnicamente exigente, mas eticamente frouxa, inclinada a traduzir-se em rotinas e, por consequência, a desembocar numa justiça trivializada”, servindo de instrumentos para que a produção legislativa se prestasse a solucionar os litígios dos cidadãos sem qualquer distorção.

Demonstradas as principais características do Estado Legislativo Liberal e do Judiciário, passa-se a analisar a passagem deste modelo para o Estado Constitucional, sendo importante demonstrar o surgimento dos direitos sociais e seu impacto na organização estatal.

2.3 – O Poder Judiciário no Estado do Bem Estar Social.

O advento da Revolução Industrial e suas consequências no início do século XX deram azo à luta pelas garantias dos direitos sociais, desenhando-se o perfil do Estado Social – *Welfare State* – que tem como escopo “atender o bem comum e, conseqüentemente, satisfazer os direitos fundamentais e, em última análise, garantir a igualdade material entre os componentes do corpo social” (GRINOVER. 2009, pp. 36-37), fazendo surgir a segunda dimensão dos Direitos fundamentais, o que provocou uma verdadeira mudança na estrutura do Estado e uma alteração no papel do Poder Judiciário.

O Estado do Bem Estar Social, advento de lutas sociais, tem como finalidade a garantia de direitos prestacionais, desempenhando o Poder Executivo, portanto, principal papel dentre os demais Poderes do Estado²⁶, vez que responsável por tornar efetivas as políticas firmadas pelo Legislativo. Por meio do Executivo, o Estado Social vê-se “preocupado com a supremacia do interesse público sobre o particular, com o bem comum e com os objetivos da comunidade (democracia comunitarista)” (ZANETI. 2015, pp. 210-211).

Assim, o emergir dos direitos prestacionais – liberdades positivas –, exige do Estado mais do que a simples defesa e a não intervenção na esfera privada, mas prevê também o provimento de determinados direitos, tais como o direito ao trabalho, saúde, moradia digna; o que transforma o simples princípio da igualdade formal “num direito a tornar-se igual nas condições de pleno acesso a cidadania” (FERRAZ JUNIOR. 1994, p. 45).

Tal expansão dos direitos a serem tutelados pelo Estado levou ao aumento das competências e prerrogativas dos Poderes Legislativo e Executivo, dos quais se passa a cobrar a efetivação da cidadania social e não mais apenas os meros contornos jurídicos de uma igualdade formal.

Assim, apesar de se notar nesse modelo de Estado Social a expansão do Poder Executivo²⁷, ainda não se pode afirmar o mesmo sobre o papel do Poder Judiciário, que ainda não se desenvolveu a ponto de ocupar a função proeminente na organização estatal. Todavia,

²⁶ Sobre o alçar do Poder Executivo no modelo Social de Estado, Celso Fernandes Campilongo (2011, p. 38) afirma: “De um modelo (liberal) que privilegia o Legislativo, o autocontrole e o controle recíproco entre os poderes, com o advento dos Estados intervencionistas passa-se a um modelo (social) que coloca o Executivo no vértice das funções de governo e corrói os mecanismos tradicionais de controle. Evidentemente, isso implica a trasladação de Poderes, o aumento da discricionariedade do Executivo e a gradual afirmação, no século XX, de uma nova forma de controle: a garantia jurisdicional da constitucionalidade”.

²⁷ Ao tratar do papel de destaque do Poder Executivo no Estado Social, Rubens Beçak (2008, p. 32) afirma: “A chamada “questão social” foi desencadeadora de inúmeros acontecimentos que acabaram por provocar as pressões que se fizeram sentir nas estruturas estatais e aí, como já era natural, foi nos Executivos que as necessidades de ação (e transformação da realidade) se afunilaram”.

neste período já é possível verificar uma alteração do papel desempenhado pelos magistrados em face ao modelo burguês oitocentista, vez que a positivação de direitos prestacionais possibilitou, ao menos, a discussão acerca da judicialização de questões, quando da não efetivação dos direitos sociais, alçados à natureza constitucional, inicialmente, nas Constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919.

Sobre o Estado Social, importante destacar que seu modelo, como afirma Bonavides (2013, p. 184) “compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo”, podendo-se afirmar que tiveram natureza de Estado Social a “Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, Portugal salazarista”, bem como a “Inglaterra de Churchill e Attlee; os Estados Unidos em parte, desde Roosevelt; a França com a Quarta República, principalmente; e o Brasil desde a Revolução de 1930”.

Assim, em face à acomodação do modelo social nos mais antagônicos regimes políticos possíveis, inclusive regimes totalitários baseados no legalismo, que buscou usurpar das fontes do direito para fins não jurídicos, o que restou escancarado com as atrocidades ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, percebeu-se a necessidade de afirmação nos ordenamentos jurídicos de valores fundamentais de justiça e dignidade humana, internalizando os princípios das declarações internacionais de proteção aos direitos humanos – notadamente da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 –, “através de normas jurídicas com eficácia vinculativa – não só para os particulares, mas também para o legislador, o administrador público e o juiz”. (ZANETI. 2015, p. 211).

A partir da percepção de que o Estado apegado friamente ao princípio da legalidade – *modelo legislativo* ou *paleojuspositivista* – não era apto a conter os abusos cometidos pelo próprio Estado, mesmo que este se valesse de garantias sociais em sua Carta Magna, vez que facilmente, “o Estado deixava de ser um instrumento para efetivação dos direitos fundamentais e passava a ser um fim em si mesmo” (ZANETI. 2015, p. 101), surge modelo constitucional de Estado, a partir do qual se passa a notar a centralidade do Poder Judiciário, que fora alçado, devido a um novo Constitucionalismo democrático, a ser coautor de políticas públicas e exercer a mediação política entre os poderes Executivo e Legislativo (SADEK. 2004, p. 80-81), movimento este que será discutido no ponto abaixo.

2.4 – O Poder Judiciário no Estado Constitucional.

O desvendar das atrocidades da Segunda Guerra Mundial, tornou claro que o modelo legislativo de Estado não era apto a impedir o abuso de poder e a promoção de barbáries pelo próprio Estado.

O holocausto nazista, realizado sob a égide do princípio da legalidade, fez o mundo despertar para o fato de que o Estado de Direito meramente formal pode tratar pessoas como seres supérfluos e descartáveis, rasgando os mais básicos princípios de justiça, vez que permite a violação de direitos em nome da lei, a qual, sob a ótica formal, expressa a vontade geral desde que validamente promulgada.

Nesse sentido, deparou-se com a necessidade acrescentar aos aspectos formais, inerentes ao Estado Legislativo, princípios substanciais, incorporando-os as Cartas Constitucionais democráticas, que passaram a trazer em seu bojo a positivação de direitos humanos; havendo então o prenúncio da “Era das Constituições” (ZANETI. 2015, p. 211).

Assim, a fim de garantir, como acima já afirmado, os valores fundamentais de justiça e dignidade humana, fugindo de uma concepção meramente formal de fonte do Direito, o modelo constitucional de Estado é caracterizado pelo fato de ser a legislação subordinada a uma constituição rígida e a existência de mecanismos de controle de constitucionalidade²⁸.

Desta forma, altera-se substancialmente o conceito de Estado de Direito, que passa a respeitar os direitos consagrados constitucionalmente, bem como ver-se limitado a estes; notando-se ainda a mudança da supremacia da Lei editada pelo Parlamento, para a supremacia do texto constitucional, que veio resgatar valores éticos e morais, notadamente a proteção da dignidade da pessoa humana (BARBOZA. 2014, p. 81).

No que tange a diferença entre Estado de Direito e Estado Constitucional de Direito, Campilongo (2011, p. 44) afirma que naquele enquadram-se os Estados nos quais o poder é conferido e exercido na forma da lei, trabalhando-se, assim, com um conceito de validade formal, já neste, acrescesse o fator de que o poder, não só deve ser conferido e exercido na forma da lei, mas também se impõe sua limitação pela própria lei, que tem o condão de condicioná-lo na forma e no conteúdo, trabalhando-se assim com conceito de validade formal e substancial.

²⁸ Ao versar sobre os paradigmas de uma democracia constitucional, Luigi Ferrajoli (2011, p. 27) afirma: “o paradigma da democracia constitucional não é outro que a sujeição do direito ao direito gerada por essa dissociação entre vigor e validade, entre mera legalidade e estreita legalidade, entre forma e substância, entre legitimação formal e legitimação substancial ou se se quer, entre as weberianas “racionalidade formal” e “racionalidade material” [...] o princípio da soberania popular e a regra da maioria subordina-se aos princípios substanciais expressos pelos direitos fundamentais e relativos a isso que não é lícito decidir e a isso que não é lícito não decidir”.

Sobre as alterações notadas no ordenamento jurídico no modelo constitucional de Estado, Zaneti (2015, p. 101) afirma:

O ordenamento jurídico transforma-se radicalmente, assume um caráter nomodinâmico em relação à artificialidade e à produção de normas pelo Poder Legislativo. Assegura, assim, uma margem de discricionariedade à atividade legislativa decorrente de sua legitimação representativa da sociedade e, ao mesmo tempo, subordina-se a um caráter nomostático dos princípios e direitos fundamentais estabelecidos nas constituições, o qual representa um ‘nunca mais’ aos horrores dos regimes totalitaristas.

Na mesma linha, dissertando sobre as características do Estado Constitucional e sua diferença em face ao Estado Legislativo, Luis Roberto Barroso (2013, p. 240) afirma:

Nele [Estado Legislativo], a Constituição era compreendida, essencialmente, como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador. Tampouco existia o controle de constitucionalidade. [...] No Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica. A partir daí, ela não apenas disciplina o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelece determinados limites para seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado. Nesse novo modelo vigora a centralidade da Constituição e a supremacia judicial, como tal entendida a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.

Neste viés, a transformação do Estado Legislativo, seja de natureza liberal ou social, fez com que a norma de referência formal passasse a ser baseada na Constituição que tem como razão social os direitos fundamentais.

No que tange à natureza rígida do texto constitucional, tem-se que a validade da norma infraconstitucional, bem como das emendas à lei maior devem obedecer a parâmetros formais e materiais, prevendo ainda o que Luigi Ferrajoli²⁹ (2011, p. 26) denominou de esfera do decidível e do não decidível, traçando-se, assim, um caminho a ser percorrido pelo legislador.

Destaca-se que a passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional não foi marcada tão somente pela mudança da norma de reconhecimento, mas também pela alteração na própria compreensão do Direito, o que gerou a necessidade de mudança de postura do Poder Judiciário, que passa a não mais ser encarado como mera boca da lei, vez que a técnica legislativa adotada, a interpretação jurídica e a teoria das normas, passaram a requerer um posicionamento mais atuante do magistrado, que vem a ser chamado a interpretar o texto legal dando origem a norma jurídica.

²⁹ Sobre a esfera do decidível e não decidível, Luigi Ferrajoli (2011, p. 26) afirma: “ [...] se as regras sobre a representação e sobre o princípio da maioria são normas formais sobre aquilo que pela maioria é decidível, os direitos fundamentais prescrevem aquilo que podemos chamar de esfera do indecidível, do “não decidível que”, ou seja, das proibições correspondentes aos direitos de liberdade, e do “não decidível que não”, das obrigações públicas correspondentes aos direitos sociais”.

Sobre a mudança na compreensão do Direito no Estado Constitucional, Mitidiero (2013, p. 13) aponta três grandes alterações, as quais merecem ser explanadas neste tópico:

A primeira grande alteração na compreensão do Direito ocorrida na passagem do Estado Legislativo para o Constitucional, citada por Mitidiero (2013, p. 13), deu-se a partir de uma nova *teoria das normas*, que passou abarcar princípios, regras e postulados em seu bojo, abandonando-se a visão anterior, que recaía sobre o fato de toda norma corresponde a uma regra.

Nesse sentido, os princípios ganham força normativa e passam a vincular seus destinatários, já os postulados surgem com a finalidade de regular a aplicação de outras normas.

Ao traçar um conceito sobre princípio jurídico Humberto Ávila (2013, pp. 40-42) afirma que o verdadeiro princípio carrega consigo um grau de abstração superior ao que recai sobre uma norma de comportamento, vez que não se vinculam abstratamente a uma situação específica. Neste sentido, aponta, tal como Robert Alexy, que os princípios são mandamentos de otimização, os quais devem ser aplicados conforme circunstâncias dos específicos casos.

Desta feita, o Estado Constitucional passa a conviver com uma pluralidade de fontes, caindo por terra o modelo de codificações e sua pretensa completude, dotando o ordenamento jurídico de uma natureza complexa, composta por diversos textos que tem como finalidade disciplinar a vida social.

A segunda alteração na compreensão do direito recaiu sobre a *técnica legislativa* adotada, passando-se de um modelo de legislação baseada na casuística para uma forma que mescla casuística e técnica aberta, elementos que somados culminaram na elaboração de textos legislativos que compreendem em seu bojo conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais.

Ao tratar os conceitos de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, Mitidiero (2013, p. 14) afirma:

Os primeiros [conceitos jurídicos indeterminados] como espécies normativas em que, no suporte fático, há previsão de termo indeterminado e há consequências jurídicas legalmente previstas; as segundas [cláusulas gerais], como espécies normativas em que há previsão de termo indeterminado no suporte fático e não há previsão de consequências jurídicas no próprio enunciado.

Já Judith Martins Costa (1998, p. 134) afirma que a Cláusula Geral significa: “uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem tessitura

intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico”.

Esta técnica legislativa aplicada no Estado de Direito Constitucional, qual seja, a consciente utilização de conceitos abertos, por vezes ambíguos, imprecisos e vagos, tem como finalidade a construção de normas jurídicas mais flexíveis, fluídas “as quais prescindem de uma instanciación específica dos pressupostos (predicado fático) e a correlata indicação pontual e pormenorizada das consequências” (PEREIRA. 2014, p. 44), afastando assim a existência de um ordenamento jurídico engessado e, portanto, inapto a acompanhar a evolução social.

Desta forma, a utilização de conceitos abertos nos textos legislativos deu-se a partir do momento em que o próprio legislador compreendeu que o modelo de codificação e a suposta completude de regras, com termos fechados e determinados, acarretam indesejada rigidez e precoce envelhecimento dos textos legislativos, impedindo assim, que o direito se desenvolva a par e passo com a evolução da sociedade.

Assim, o manejo de termos abertos, vagos e ambíguos no texto legislativo, desde que utilizado de forma consciente pelo legislador, tem como finalidade dar flexibilidade ao sistema e permitir, por meio do Judiciário, o acompanhamento da evolução social pelo Direito, vez que se oferta ao magistrado critérios aplicativos determináveis, dando assim, em prol de um sistema mais dinâmico, uma maleabilidade limitada, possibilitando que o juiz se afaste da aplicação da regra, quando se deparar com elementos que o autorizem a agir de forma discricionária, tais como termos ambíguos, imprecisos, cláusulas abertas, entre outros.

Sobre a nova técnica legislativa e a formação da lei nos regimes democráticos, Martin Shapiro (1993, p. 478), afirma:

Primero, las leyes modernas regulan un mundo que tecnológicamente cambia muy rápidamente, que es complejo e incierto. Los legisladores saben que si las leyes que ellos crean son rígidas o muy finamente detalladas, muy pronto se volverán obsoletas. Es mejor legislar en una forma general, como en una ley marco, y dar a los administradores la facultad de llenar los vacíos y detalles a través de las regulaciones administrativas.

En segundo lugar, la legislación actual de los países democráticos rara vez es producto de una mayoría legislativa que tenga una visión unívoca en sus preferencias sobre políticas y cursos de acción. En los sistemas parlamentarios y presidenciales, y en sistemas de un partido, de dos o más partidos, las leyes son típicamente el producto de coaliciones de un número de agrupaciones legislativas y facciones, cada una de las cuales tiene intereses e políticas diferentes. Para hacer un trabajo de interpretación legal más fácil, los jueces han pretendido que la ley tiene una sola “intención”. Pero las leyes no están hechas por una sola voluntad. Por el contrario, son decisiones colectivas que llegan a ser leyes porque atraen a una coalición de legisladores con diferentes visiones, que pueden estar lo suficientemente de acuerdo para

dar un resultado de 50% más uno de los votos cuando la propuesta legislación se vota.

A terceira mudança recai sobre o próprio significado da *interpretação jurídica*, adotando-se a ideia de que a atividade jurisdicional se dá a partir da “*reconstrução do sentido normativo das proposições e dos enunciados fáticos-jurídicos à vista do caráter não cognitivista e lógico argumentativo do Direito*” (MITIDIERO. 2013, pp. 13-14), o que significa uma verdadeira separação entre o conceito de texto e norma, passando o legislador a outorgar textos e tornando a norma o produto da outorga de sentido aos textos por seus intérpretes.

Ao dissertar sobre o conceito de norma, Humberto Ávila (2013, p. 33) afirma:

Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado. O importante é que não existe correspondência entre norma e dispositivo, no sentido de que sempre que houver um dispositivo haverá uma norma, ou sempre que houver uma norma deverá haver um dispositivo que lhe sirva de suporte.

Já a interpretação do texto legislativo, ou até mesmo do precedente, como forma de criação da norma e conseqüentemente do direito é tratada por Cappelletti (1999, p. 21) da seguinte forma:

Especialmente no fim do século passado e no curso do nosso, vem se formando no mundo ocidental enorme literatura, em muitas línguas, sobre o conceito de interpretação. O intento ou resultado principal desta amplíssima discussão foi o de demonstrar que, com ou sem consciência do interprete, certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação, não só à interpretação do direito, mas também no concernente a todos os outros produtos da civilização humana, como a literatura, a música, as artes visuais, a filosofia, etc. Em realidade, interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e – no caso do juiz, não menos que no do musicista, por exemplo – reproduzi-los, “aplicá-los” e “realizá-los” em novo e diverso contexto, de tempo e lugar. É óbvio que toda reprodução e execução varia profundamente, entre outras influências, segundo a capacidade do intelecto e do estado de alma do intérprete.

Assim, a interpretação jurídica entendida como meio de criação da norma, faz com que sua validade se translate do regular processo de sua formação, para sua justificação, a qual ocorre conforme as balizas normativas constitucionais, notando-se uma clara aproximação entre moral e direito, “eis que argumentar sobre princípios constitucionais é argumentar sobre juízo de conteúdo moral” (PEREIRA. 2014, p. 35).

Dessa forma, a mudança no próprio entendimento do Direito, deixou claro que a textura aberta da linguagem do direito, a recorrente possibilidade de conflito entre normas,

bem como a existência de casos não regulados, revestem o ordenamento jurídico na qualidade de um sistema aberto (ALEXY, 1988, p.139), caracterizando assim, a indeterminabilidade do direito, motivo pelo qual se faz necessária uma nova postura do Judiciário, o qual deve ser chamado, no momento da aplicação das regras, a decidir o significado das palavras postas no texto legal, verificando se estas se aplicam ao caso fático levado à sua apreciação.

Em face às mudanças na compreensão do próprio Direito, que fez com que se viesse a conviver no Estado Constitucional com uma pluralidade de fontes e um ordenamento jurídico de natureza complexa, permeado por uma legislação fundada em conceitos jurídicos interminados e cláusulas gerais, bem como pelo fato de se notar que a interpretação jurídica é ato de reconstrução e não somente de mera subsunção lógica formal, necessária foi a guinada na forma de atuação do próprio Judiciário, a fim de que fosse possível se atingir os fins do Estado Democrático de Direito, garantindo efetiva tutela a dignidade da pessoa humana e a previsibilidade jurídica, que deixou de ser confiada a abstração e generalidade da lei.

Assim, o Poder Judiciário no Estado Constitucional ao ser chamado a tutelar as liberdades individuais, vê-se manejando parcela do Poder Político, vez que por meio do acesso à Justiça torna-se possível, ao menos em tese, que as camadas mais marginalizadas socialmente busquem, por meio de decisões fundamentadas, a garantia aos seus direitos.

Então, a partir desta nova interpretação do próprio Direito, bem como do amplo acesso à justiça encontrar-se-á pautada a dimensão procedimental do Estado Constitucional de Direito, que terá como alicerce a instituição de procedimentos, direitos e deveres – direitos fundamentais processuais –, que fomentem a contestação das normas jurídicas e sua harmonia com os valores assegurados pela ordem constitucional. Assim, oferta-se ao cidadão o poder de apontar ao Judiciário o descompasso de textos legislativos com a ordem constitucional, cabendo a este promover a tutela a segurança e a igualdade, por meio do exercício de parcela do Poder Político que lhe foi confiado.

Sobre a transferência de parcela do Poder Político ao Judiciário como forma de se resguardar direitos de minorias, Paula Pessoa Pereira (2013, p. 21) afirma:

Bem vistas as coisas, é no âmbito dos tribunais que as minorias podem reivindicar seus direitos em face de uma maioria qualificada segundo os procedimentos democráticos instituídos e, portanto, o Estado político cumprir com seu dever de tratar todos de forma igual.

A partir da ideia de supremacia constitucional, já adotada nos Estados Unidos da América, quando da Constituição Americana de 1787, como será melhor explicado no capítulo 4 deste trabalho, bem como pela preocupação mundial com a proteção dos Direitos

Humanos, o Judiciário passa assumir parcela do poder político, sendo cada vez mais assente a judicialização da política³⁰.

Nessa linha, no Estado Constitucional pautado pela proteção dos direitos humanos, o Judiciário passa a ser encarado como um verdadeiro palco para democracia, sendo visto como espaço público neutro, meio pelo qual o cidadão passa a ver a possibilidade de fazer valer seus direitos e questionar governantes. Assim, nesta nova formatação de Estado, “o juiz assume, então, o papel de manter os equilíbrios sociais, ponderando interesses e definindo soluções aceitáveis socialmente” (BARBOZA. 2014, p. 94).

Doutra banda, ao ser chamado a tutelar as liberdades individuais e deparar-se com um sistema normativo complexo e que adota técnicas de redação abertas e vagas, o Poder Judiciário é também convocado tutelar a segurança jurídica, vez que a partir de suas fundamentadas decisões, poderá o cidadão ser livre para atuar, ou seja, a partir da norma – outorga de sentido ao texto legal –, o jurisdicionado terá ciência das consequências jurídicas de suas condutas, desfrutando, dessa forma, conscientemente das liberdades que lhe são atribuídas pelo Legislativo, poder que, democraticamente, é legitimado a fazer as escolhas políticas.

Em face de todas as mudanças na compreensão do Direito, o Poder Judiciário vê-se desafiado, sob uma nova perspectiva, a dar efetividade aos valores postos no texto constitucional, tendo Tiago Gagliano Pinto Alberto (2012, p. 17) ao versar sobre o papel do magistrado no Estado Constitucional afirmado:

O Poder Judiciário se insere neste contexto não mais apenas com a função típica de resolução de conflitos – ainda que sempre tenha tido funções atípicas de regulamentação e execução de diretrizes normativas –, revelando, outrossim, papel de indicador dos vetores a serem adotados pelos demais Poderes em ordem a consagrar a efetividade da Carta da República e, notadamente, os direitos e garantias nela inseridos. Tal se dá pela exegese jurisdicional dos direitos fundamentais e posterior diálogo com os demais Poderes a fim de articular as atividades estatais e correlacioná-las às pautas sociais hauridas da Lei Fundamental.

Assim, dadas tais mudanças na compreensão do próprio ordenamento jurídico, novas funções são conferidas ao Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, ou naquele que

³⁰ Sobre a judicialização da política em geral, Barboza (2014, p. 95) apoia-se na classificação feita por Ran Hirschl e aponta três categorias destas, a saber: “i) a expansão do discurso legal, jargões, regras e procedimentos para esfera política e para os fóruns de decisões políticas; ii) judicialização das políticas públicas por meio do controle de constitucionalidade ou das revisões dos atos administrativos; iii) judicialização da política pura ou da macro política, que seria a transferência às Cortes de questões de natureza política e de grande importância para sociedade, incluindo questões sobre legitimidade do regime político e sobre identidade coletiva que definem (ou dividem) toda a política”.

Santos, Marques e Pedroso (1995, p. 55) denominam de período de crise do Estado Social³¹, apontando-se três principais áreas de atuação do Judiciário no Estado Constitucional, a saber: i) funções instrumentais; ii) políticas e iii) simbólicas, as quais serão abaixo explanadas.

Sobre a função instrumental do Judiciário, Santos, Marques e Pedroso (1995, pp. 56-57), subdividem-na em quatro grandes searas³², sendo estas: i) resolução dos litígios; ii) controle social; iii) administração; e iv) criação do direito, abaixo analisadas:

A primeira das funções instrumentais apontadas por Santos, Marques e Pedroso (1995, p. 56), a resolução de litígios, é tida como a principal atividade jurisdicional, notadamente para justiça cível, sendo que segundo Zaffaroni (1995, p. 85), por mais que tal função não seja exclusiva do Judiciário, sempre lhe caberá dar solução aos conflitos levados a sua apreciação, distinguindo-se a jurisdição, das demais esferas decisórias, pela força da coisa julgada, ou seja, a máxima irrevogabilidade da decisão. Ainda sobre a função de resolução de conflitos atribuída ao Poder Judiciário, Zaffaroni (1995, p. 86) pondera a necessidade de se ter um alto grau de imparcialidade e independência daquele que decide, sendo enfático o Ministro da Suprema Corte Argentina ao afirmar que “a jurisdição não existe se não for imparcial”.

Já a segunda função instrumental apontada por Santos, Marques e Pedroso (1995, p. 56), controle social por parte dos tribunais, “diz respeito a sua contribuição específica para a manutenção da ordem social e para a sua restauração sempre que ela é violada”, notando-se a expressão máxima do controle social quando da atuação do judiciário na repressão criminal, vez que nestas situações nota-se a afirmação e imposição do padrão de sociabilidade dominante perante o comportamento desviado, controlando-se, desta forma, a sociedade e pautando aquilo que é aceito ou não.

A terceira função instrumental elencada por Santos, Marques e Pedroso (1995, p. 57), atividades administrativas, recaem sobre competências que não se encontram vinculadas a solução de litígios ou ao controle social, as quais ocorrem quando o Judiciário é chamado a realizar tarefas de homologação ou notariado, tais como os procedimentos de jurisdição voluntária.

³¹ Sobre a crise do Estado de Providência, Santos, Marques e Pedroso (1995, p. 16), assim define este período histórico: “A partir de finais da década de setenta, princípios da década de oitenta começavam nos países centrais as primeiras manifestações da crise do Estado-Providência, a qual havia de se prolongar por toda a década de oitenta até nossos dias. As manifestações desta crise são conhecidas: incapacidade financeira do Estado para atender às despesas sempre crescentes da providência estatal, tendo presente o conhecido paradoxo de esta ser tanto mais necessária quanto piores são as condições de financiar (...); a criação de enormes burocracias que acumulam um peso político próprio que lhes permitem funcionar com elevados níveis de desperdício e de ineficiência; a clientelização e normalização dos cidadãos cujas opções de vida (de atividades e movimentos) ficam sujeitos ao controle e à supervisão de agências burocráticas e despersonalizadas”.

³² Já Zaffaroni (1995, p. 59) ao descrever as funções atinentes ao Poder Judiciário, elenca três principais atividades, a saber: i) solução de conflitos; ii) controle de constitucionalidade e; iii) governo do judiciário.

A última das funções instrumentais do Judiciário, a de criação do direito, demonstra-se, principalmente nos países de tradição jurídica de *Civil Law*, problemática, sendo tal atividade de grande relevância ao desenvolvimento deste trabalho, vez que as alterações havidas na técnica legislativa, na interpretação e constitucionalização do Direito, fizeram com que o magistrado assumisse papel de destaque na formação e desenvolvimento do direito, sendo inegável a atuação do judiciário nesse sentido.

Sobre esta função e sua consistente presença na atividade jurisdicional, Santos, Marques e Pedroso (1995, p. 58) afirmam:

Pensamos que, deixando de lado a arquitectura constitucional e olhando mais às práticas judiciárias quotidianas, há muita criação de direito nos tribunais, tanto nos países de *common law*, como nos países de direito europeu continental. Trata-se de uma criação precária, intersticial e caótica mas nem por isso menos importante, e de algum modo destinada a aumentar de importância nas circunstâncias que parecem estar a prevalecer no terceiro período jurídico-político, o período do pós-Estado-Providência. A criação intersticial do direito prospera, de facto, à medida que colapsam os princípios da subsunção lógica na prática do direito. Ora, muitas das características do terceiro período não fazem senão aprofundar tal colapso, como sejam, entre outros, a emergência de normatividade particularística e negociada, a complexidade crescente dos negócios traduzida no uso cada vez mais frequente de cláusulas gerais, conceitos indeterminados, princípios de boa fé e equidade, a pressão formal ou informal sobre os juízes para agirem mais como mediadores do que como julgadores. Todos estes factores fazem com que se atenuem ou sejam cada vez mais difusas as fronteiras entre a criação e a aplicação do direito. É nessas fronteiras que a criação judicial do direito tem lugar.

No mesmo sentido, posiciona-se Dworkin (2007, p. 7), como se nota do trecho abaixo transcrito:

Num sentido trivial, é inquestionável que os juízes “criam novo direito” toda vez que decidem um caso importante, anunciam uma regra, um princípio, uma ressalva a uma disposição [...]. Em geral, porém, apresentam essas “novas” formulações jurídicas como relatos aperfeiçoados daquilo que o direito já é, se devidamente compreendido. Alegam, em outras palavras, que a nova formulação se faz necessária em função da correta percepção dos verdadeiros fundamentos do direito, que isso não tenha sido previamente reconhecido, ou tenha sido, inclusive, negado.

Ainda sobre a função de criação do direito pelos tribunais, interessante o posicionamento de Niklas Luhmann (1990, pp. 152-153), sobre a necessidade de se interpretar as normas decorrente do princípio da inafastabilidade da jurisdição, como se nota do trecho abaixo transcrito:

Os tribunais devem, queiram ou não e independentemente da existência ou não-existência de uma motivação em termos de política jurídica, interpretar, construir e, se for o caso, ‘distinguir’ (como se diz no Common Law), para que possam formular novas regras de decisão e testá-las quanto a sua

consistência frente ao Direito vigente. Assim surge, por intermédio da atividade sentenciadora dos Tribunais um Direito judicial (*Richterrecht*), que no decorrer de sua reutilização constante, é, em parte, condensado, isto é, formulado com vistas ao reconhecimento (*Wiedererkennung*), e, em parte, confirmado, isto é, visto como aproveitável também em outros casos (*Sachlagen*). Parece ser universalmente reconhecido hoje que esta espécie de desenvolvimento do Direito não pode ser antecipada, nem produzida, nem impedida pelo legislador. E ela independe de intenções manipuladoras (*Gestaltungsabichten*) de Juízes excessivamente diligentes (*forshe Richter*), motivados por considerações de política jurídica, embora ela possa ser influenciada por tais intenções. Ela resulta da proibição da recusa da Justiça. Por essa razão, podemos compreender que essa norma fundamental da atividade dos Tribunais (*Gerichtsbareit*) como *paradoxo da transformação da coação em liberdade*. Quem se vê coagido à decisão e, adicionalmente, a fundamentação de decisões, deve reivindicar, para tal fim, uma liberdade imprescindível de construção do Direito. Somente por isso não existem ‘lacunas no Direito’. Somente por isso a função interpretativa não pode ser separa da função judicativa. E somente por isso o sistema jurídico pode reivindicar a competência universal para todos os problemas formulados no esquema ‘Direito ou não-Direito’.

Assim, as funções instrumentais do Judiciário se entrelaçam, sendo que a partir da solução dos conflitos os tribunais passam a criar o direito, bem como exercem a função de controle social, vez que a partir do momento em que se busca a prestação jurisdicional passa-se a estar submetido à afirmação de uma normatividade que foge da vontade das partes.

Quanto às demais funções apontadas por Santos, Marques e Pedroso (1995, p. 60) – funções políticas e simbólicas – tem-se que estas também se apresentam a partir das funções instrumentais, principalmente a partir da resolução dos litígios.

No que tange a função política desempenhada pelo Judiciário tem-se que esta se dá pela própria posição dos tribunais na estrutura estatal, ou seja, pelo fato destes revestirem-se na qualidade de órgãos de soberania, integrando, desta forma, parte do sistema político.

Nesse sentido, ao exercer a função de controle social, o Judiciário atua de forma claramente política; doutra banda, quando da procura do órgão judicial para que se pronuncie nos domínios nas mais diversas áreas do direito notam-se as implicações políticas em sua atuação, pois tal movimentação se dá em razão da consciência da existência de direitos e a necessidade de afirmá-los pela via judicial, o que revela o exercício da cidadania e participação política.

Ademais, a função política dos tribunais pode ser aferida claramente a partir do Estado Social, quando do incremento de direitos de natureza positiva, os quais tinham nos Poderes Legislativo e Executivo as bases para sua criação e execução, sendo os Tribunais instrumento de garantia e eficácia a tais direitos, o que veio a ser asseverado no modelo constitucional de Estado.

Já a última das funções dos tribunais descritas por Santos, Marques e Pedroso (1995, p. 63), a função simbólica, surge da atuação das duas outras funções, quais sejam: instrumentais e políticas.

Ainda no que tange às funções instrumentais, estas podem ser configuradas como atividades de controle social, nas quais se denota de forma mais clara as atividades simbólicas dos Tribunais, vez que a justiça penal ao atuar sobre comportamentos individuais, provém a confirmação dos valores que foram em tese violados, fazendo com que crie força, de forma simbólica, uma concepção de justiça importante para sociedade.

Outro exemplo de atuação simbólica dos tribunais, traçado por Santos, Marques e Pedroso (1995, p. 62), decorre do garantismo processual, como se nota do trecho abaixo transcrito:

Em termos simbólicos, o direito processual é tão substantivo quanto o direito substantivo. Daí também que a perda de eficácia processual por meio da inacessibilidade, da morosidade, do custo ou da impunidade afete a credibilidade simbólica da tutela judicial.

Dessa forma, o Judiciário demonstra-se com grande artífice no Estado Constitucional de Direito, sendo posto em meio a um sistema jurídico aberto e chamado, portanto, a interpretar o texto legal, outorgando-lhe sentido e fazendo daí surgir à norma jurídica.

Assim, em que pese à existência de correntes doutrinárias que apontam o caráter deletério do Poder Judiciário, vez que suas decisões têm, por vezes, o condão de acirrar os conflitos sociais ao invés de pacificá-los, pregando a necessidade de implementação e fomento dos meios alternativos de solução de controvérsias, as quais se demonstram mais efetivas na tutela de direitos e pacificação social; o presente estudo parte do pressuposto de que o acesso aos tribunais constitui elemento estruturante do próprio Estado Democrático, pois permite o cumprimento de suas finalidades, garantindo os princípios constitucionais tutelados, por meio de um justo procedimento que permita ao jurisdicionado questionar o texto legislativo, bem como fornecer-lhe elementos para que possa livremente pautar suas condutas, dando previsibilidade ao direito e, em consequência, liberdade.

Portanto, entende-se que o Poder Judiciário, detentor de parcela do poder do Estado, é ente necessário ao alcance dos direitos e garantias apostos no texto constitucional, sendo chamado, por meio da interpretação do texto legislativo e da compreensão de um sistema jurídico complexo e aberto, a promover o desenvolvimento da ciência jurídica, passando a colaborar com o Legislativo na tarefa de criação do próprio direito.

Demonstrada a evolução do Judiciário frente à mutação da natureza Legislativa para Constitucional do Estado, passa-se a se analisar no capítulo seguinte, o modelo de Corte Cassação, utilizando-se como exemplos os Tribunais francês, italiano e alemão, para, posteriormente tratar do modelo de Corte adotado nos Estados Unidos da América, por meio do estudo de sua *Supreme Court*.

3 – MODELOS DE CORTE NA EUROPA CONTINENTAL: AS CORTES DE CASSAÇÃO FRANCESA E ITALIANA E A CORTE DE REVISÃO ALEMÃ.

O modelo de Estado que surge pós-revolução francesa, já tratado no capítulo anterior, tornou necessária a criação de um aparato de judiciário próprio, destinado a afastar as discricionariedades existentes no período absolutista e a atuar como fiel cumpridor dos textos legislativos, desempenhando, assim, a função de tutelar a legalidade³³ (TARUFFO. 2011, p. 14), o que se deu por meio da criação de uma Corte de Cassação, que irradiou efeitos por todo o continente, servindo de paradigma para a estrutura judiciária de diversos países europeus.

Contudo, antes de estudar mais profundamente o modo de trabalho da Corte adotada na França pós 1789 e seus reflexos nos tribunais italiano e alemão, importante destacar, de forma abstrata, as funções atribuídas às Cortes que têm como atividade principal tutelar a legalidade.

Nesse sentido, ao tratar daquelas que denomina de Cortes Superiores, Daniel Mitidiero (2013, p. 42) afirma que a função dos Tribunais com este perfil revela-se no controle da legislação por meio de uma decisão de natureza cassacional ou revisional, sendo a primeira delas referente a anulação da decisão recorrida sem reexame do mérito da causa, reenviando-a ao órgão responsável por sua prolação para eventual revisão, já a segunda ocorre quando, a partir do exame da legalidade da decisão atacada, enfrenta-se o mérito e afirma a correta interpretação do Direito.

Sobre a natureza cassacional e revisional das decisões, como acima já demonstrado, tem-se que inicialmente a atividade das Cortes de Cassação prestava-se tão somente a cassar a decisão recorrida, devolvendo a matéria ao juízo que havia prolatado a decisão objeto do recurso, tendo, tais tribunais, assumido funções jurisdicionais somente em momento posterior, quando passaram a apreciar a questão de fundo, deixando de ser mero controlador da legalidade das decisões recorridas.

Todavia, em que pese ser patente o desenvolvimento de funções de cassação como de revisão de determinadas cortes, nota-se, pela atuação destes tribunais que sua atividade volta-se ainda, primordialmente, ao controle da legalidade das decisões que lhes são encaminhadas,

³³ Ao definir o conceito de Tutela da Legalidade, Michele Taruffo (2011, p. 14) afirma: “la “tutela” della legalità allude alla funzione reattiva che molte corti svolgono e che se esplica quando una violazione del diritto si è già verificata e l'intervento della corte è finalizzato ad eliminarla e - quando è possibile - a neutralizzarne o eliminarne gli effetti”

exercendo assim uma função reativa, pois a atuação da Corte de Vértice pressupõe, nestes casos, que a violação ao direito já tenha ocorrido, vindo sua decisão no intuito de neutralizar ou eliminar seus efeitos por meio da cassação ou reforma (TARUFFO. 2011, p. 14), tendo Mitidiero (2013, p. 43), ao conceituar os tribunais desta natureza, afirmado: “é 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”.

Desta forma, as Cortes denominadas de Superiores, que tem como finalidade a tutela da legalidade, voltam-se ao passado, buscando prezar pelo controle da correta aplicação do texto legislativo nas decisões judiciais, cabendo ao Tribunal “buscar o exato sentido da lei, que seria encontrado quando, diante da reiteração de julgados, houvesse ‘jurisprudência uniforme’” (MARINONI. 2015a).

Assim, a uniformização da jurisprudência surge como função de caráter instrumental da Corte, pois a partir da unidade jurisprudencial poderia o Tribunal revelar a norma inserida no texto legal, que serviria de parâmetro para a correção das decisões das instâncias inferiores, sendo que o dever de uniformizar a jurisprudência “consubstancia-se na atividade de interpretação da lei desempenhada pelas cortes *para solução de casos*, cuja *múltipla reiteração* gera a uniformidade capaz de servir de parâmetro para esse fim, *não gozando de autoridade formalmente vinculante*” (MITIDIERO. 2013, p. 44).

Ademais, tendo em vista que tal modelo de Corte se baseia na tutela da legalidade, encontrando na lei, dotada de abstração e generalidade, a segurança jurídica, a existência de interpretações contemporâneas e divergentes da legislação é considerada algo desejável, vez que este é tida como o meio de promoção do desenvolvimento do Direito, permitindo, ao final da cadeia de recursos, que a Corte Superior, revestida na incumbência de nomofilaquia, unifique a jurisprudência e promova o controle da legalidade das decisões recorridas.

Desta forma, para que a Corte possa desempenhar o papel de controlar a legalidade das decisões das instâncias inferiores, bem como uniformizar a jurisprudência, deve esta se encontrar aberta aos apelos que lhes são encaminhados, não havendo que se falar na imposição de filtros seletores aos recursos, dado ao fato de ser inafastável a atividade de impedir a violação da lei aposta em decisões judiciais inferiores.

Nesse sentido, sobre a ausência de filtros recursais em Cortes que tenham como intuito prezar pela tutela da legalidade, Mitidiero (2013, p. 46) afirma:

Se a função da Corte Superior é uma função de controle de legalidade das decisões judiciais, é natural que suas portas se abram *para todos os casos* em

que a parte afirme a existência de uma violação à lei pela decisão recorrida e que a sua função só possa ser realizada de maneira completa com o *exame de todos os recursos* a ela interpostos.

Assim, nesta sistemática, o recurso constitui direito subjetivo da parte – *jus litigatoris* –, conferindo ao particular, ao entender que decisão proferida não encontra respaldo no texto legislativo, encaminhar seu caso para apreciação da Corte Superior, que deve se manifestar a fim de resguardar a tutela da legalidade e, conseqüentemente, promover a unificação da jurisprudência.

Desta forma, repousando no texto legislativo, geral e abstrato, os elementos que possibilitam a segurança jurídica e a igualdade, não há motivos, na lógica construída neste sistema, para que as decisões e as razões que as justifiquem tenham efeitos vinculantes, o que é explicado por Mitidiero (2013, p. 50) da seguinte forma:

Se a tarefa do Poder Judiciário cifra-se a declarar a norma já existente encarnada na legislação, cujo sentido é unívoco, e se a Corte Superior apenas tutela a legalidade contra as decisões judiciais, *é claro que basta para manutenção da igualdade e da segurança erigir a lei como parâmetro de controle suficiente para a obtenção desses escopos.*

Nesse sentido, buscando atender a estas finalidades e a partir da visão de que o texto legal carrega consigo um sentido unívoco, sendo a interpretação judicial a mera descoberta de um sentido preestabelecido, os membros que compõe tais Tribunais devem advir de carreiras jurídicas, vez que se busca “um corpo de magistrados profissionalizado, compacto e homogêneo” (MITIDIERO. 2013, p. 40).

Traçado, de forma abstrata, os elementos que compõem uma Corte Superior, passa-se a analisar a criação e evolução da Corte de Cassação Francesa, vez que, como já tratado no capítulo anterior, seu surgimento deu-se com base nos princípios revolucionários de 1789, sendo o principal modelo de Tribunal voltado à tutela da legalidade, para posteriormente estudar do modelo de Corte de Cassação Italiana e da Corte de Revisão Alemã.

A escolha da Corte de Cassação italiana e da Suprema Corte Federal alemã para análise e demonstração da evolução do modelo de Corte criado pós-revolução francesa, ocorre, no caso da *Corte de Cassazione*, pela influência do direito processual italiano no ordenamento jurídico brasileiro e pela similitude da atual situação do tribunal com o Superior Tribunal de Justiça, já no que tange ao *Bundesgerichtshof*, sua análise se dá pelo fato de ser tratado como exemplo de guinada de funções, deixando de atuar voltado para o passado, para ter uma atividade pró-ativa, o que se deu por meio de alterações legislativas que instituíram filtros recursais aos apelos encaminhados à Corte.

3.1 – A Corte de Cassação francesa.

Como ressaltado no capítulo anterior, quando se tratou do Estado Legislativo, o princípio da separação dos poderes tornou-se pedra angular a este modelo de Estado, motivo pelo qual ao se construir um novo Judiciário, entendeu-se necessária a criação de instrumento apto a afastar, como era recorrente no *Ancien Régime*, a manipulação da lei por parte do órgão judicante sob a alegação de interpretação do texto legal, tendo sido criado para tanto, primeiramente o instituto do *référé législatif* facultativo e, logo em seguida, a denominada Corte de Cassação, que será objeto de análise.

A Corte de Cassação surge de uma necessidade premente à época, qual seja, manter afastada qualquer ingerência do Judiciário no Legislativo, resguardando-se a supremacia do princípio da legalidade, vez que, como já narrado, a certeza jurídica advinha da completude do modelo codificado, bem como da abstração e generalidade do texto legal, o que, por um lado compelia o magistrado a decidir e, por outro, impedia a interpretação da lei, a qual cabia única e exclusivamente ao Legislativo.

Nesse sentido, o instituto do *Référé Législatif* facultativo³⁴, criado em agosto de 1790, tinha como finalidade ofertar ao magistrado a possibilidade de se dirigir a um corpo legislativo, quando da existência de dúvidas sobre a aplicação da lei ao caso concreto, solicitando esclarecimentos sobre o texto legal.

Todavia, devido ao caráter facultativo do *Référé Legislatif*, tornou-se necessária, a fim de evitar a validade de decisões contrárias ao texto legal e, portanto, consideradas arbitrárias, a criação de órgão específico, que tivesse como escopo salvaguardar as prerrogativas e funções do Legislativo, impedindo a atividade interpretativa dos juízes, por meio da declaração de nulidade de tais sentenças.

Desta forma, restou instituída, por meio do Decreto de novembro de 1790, tendo iniciado seus trabalhos em abril de 1791, a Corte de Cassação, que não trazia dentre suas competências qualquer função jurisdicional, nem mesmo foi criada como órgão de cúpula do Judiciário, mas, tão somente, com a finalidade de negar validade a qualquer decisão judicial que não se restringisse à mera descrição do texto legal, entendido como sinônimo de norma.

³⁴ O *Référé Legislatif* facultativo é previsto no artigo 11 do Título II do Decreto 16 de 29 de agosto de 1790, que dispõe: “reportar-se-ão ao corpo legislativo sempre que assim considerarem necessário, a fim de interpretar ou editar uma nova lei”.

Assim o Tribunal de Cassação, ao menos em seu princípio, não tinha como escopo tutelar direitos ou prezar pela justiça da decisão levada a sua apreciação, mas sim, a função de averiguar a atuação dos magistrados e resguardar a supremacia do Legislativo naquele modelo de Estado (MARINONI. 2014, p. 34), prezando pela estanque separação dos poderes.

Deste modo, pelo fato da Corte de Cassação não ser revestida, ao menos neste primeiro momento, de natureza jurisdicional, não lhe era atribuída a competência de julgar a matéria de fundo, sendo sua atividade permitida tão somente nos casos em que se verificasse a *contravention expresse au texte de la loi*; eivando, nesses casos, suas decisões de caráter negativo, ou seja, o tribunal limitava-se a cassar a decisão judicial, sem resolver o conflito tratado no processo, sendo-lhe ainda vedada a definição da correta interpretação naquele específico caso.

Nesse sentido, a natureza negativa das decisões da Corte de Cassação resguardava por um lado sua função não jurisdicional e, por outro, impedia qualquer forma de violação a separação dos poderes, tendo assim, ao analisar tais características, dissertado Calamandrei (1945, p. 76):

Desde el momento en que el Tribunal de cassación no debía formar parte de la jerarquía judicial y debía obrar por un interés del Estado absolutamente diverso de aquel al que sirven los tribunales ordinarios, se comprende bien que al atribuirle cualquier poder positivo sobre la decisión de las controversias habría consituído una infracción al principio de la separación de los poderes. [...] pero, mientras el Trib. de cassación quedaba fuera del ordenamiento judicial, con funciones que nada tenían de jurisdiccionales, debía por fuerza su actividad limitarse a destruir sin reconstruir, puesto que toda reconstrucción habría llevado consigo una invasión en el territorio reservado a otro poder.

Todavia, em face à natureza negativa e a falta de autoridade da sentença cassacional, era permitido ao órgão judiciário, ao proceder novo julgamento da decisão declarada contrária a lei, não alterar seu posicionamento, possibilitando assim o manuseio de uma nova cassação, podendo gerar infinita discussão, sem se colocar um fim à lide levada à apreciação do Judiciário.

Frente a situações insanáveis, nas quais a autoridade judicial se negava a alterar seu posicionamento mesmo em frente a uma decisão da Corte de Cassação, instituiu-se, por meio dos Decretos de 27 de novembro e 1º de dezembro de 1790, o instituto do *Référé Obligatoire au législateur*, instrumento pelo qual se definiu que caberia ao Tribunal de Cassação, ao receber decisão de órgão judicial que, por duas vezes, já houvesse sido cassada, levar a discussão ao próprio *Corps Législatif* que, por meio de decreto sancionado pelo rei, dava a autêntica interpretação à lei que havia originado o conflito entre Judiciário e Corte de

Cassação, tornando-se obrigatória a observância de tal interpretação (CALAMANDREI. 1945, p. 77-78).

Nesse sentido, em face à instituição do *Référé Obligatoire au législateur*, ressalta Calamandrei (1945, p. 78), que tal instituto deixou clara a posição do Tribunal de Cassação como “*el tramite entre el juez y el legislador, como la zona neutra puesta entre los dos, el cual servía para separar y al mismo tiempo para poner en comunicación los respectivos dominios*” (1945, p. 78), vez que tal instrumento permitia a intervenção do legislador, não para decidir um caso concreto, mas somente para exercer sua função de dar, por meio de um decreto de natureza geral e abstrata, a interpretação a lei.

Revestido de tais características, tem-se que a criação do instituto do *référé obligatoire au législateur*, baseou-se em dois princípios: o primeiro deles referente à separação dos poderes³⁵, e o segundo adstrito ao fato do juiz estar submetido tão somente a lei, tornando-se livre para julgar. Nesse sentido, a necessidade de chamar o próprio Poder Legislativo para que realizasse a denominada interpretação autêntica, dando autoridade sua decisão, buscou evitar a ingerência da Corte de Cassação, órgão instituído sem função jurisdicional, no Poder Judiciário.

Entretanto, em que pese a criação da consulta obrigatória ao Corpo Legislativo encontrar fundamento e respaldo na garantia a tão cara separação dos poderes, Zaffaroni (1995, p. 52), ao analisar o instituto, é severo ao afirmar que este serviu como forma de submeter o Judiciário ao Legislativo, visando, por fim, a supressão da advocacia, que se tornaria desnecessária no estado pós-revolução.

Assim, na intenção de se resguardar a separação dos poderes, cabia ao Corpo Legislativo proceder à interpretação da lei, motivo pelo qual o recurso dirigido ao Tribunal de Cassação tornava-se viável quando o cidadão se deparasse com *contravention expresse au texte de la loi* em decisões judiciais³⁶, ou seja, a Cassação restringia-se a apreciar decisões que negassem lei em vigor, parcela de seu texto, ou ainda que fizesse interpretações ao texto legal.

Dessa forma, a Corte de Cassação projetada pelos revolucionários e instituída pelo Decreto de 1790, tinha como escopo tutelar o Poder Legislativo dos desmandos cometidos

³⁵ Sobre a utilização do *Référé Obligatoire au Législateur* como forma de garantir a separação dos poderes, Calamandrei (1945, p. 79) faz severa crítica afirmando em verdadeira transformação do juiz em legislador, dissertando: “se puede decir que el sistema adoptado por el Decr. de 1790, si en teoría respondia al principio de la separación de los poderes, era em la práctica contrario al mismo, porque, al provocar la emanación de una ley estando pendiente una litis, transformaba al legislador em juez”.

³⁶ Importante destacar que além de recursos de cassação manejados pelos cidadãos, havia a possibilidade do Tribunal de Cassação se pronunciar a partir da intervenção de *commissaires du roi*, os quais utilizavam a cassação *dans l'intérêt de la loi*, comunicando a corte a existência de decisões contrárias a lei, buscando tutelar assim a nomofilaquia e correto desempenho dos tribunais (CALAMANDREI. 1945, p. 83).

pelos magistrados sob a alegação de estarem interpretando o texto legal. Assim, sendo proibida a interpretação do texto legal, não havia qualquer preocupação por parte dos revolucionários com a construção de uma jurisprudência uníssona, vez que a segurança jurídica residia no modelo codificado de regras gerais e abstratas e não na coerente interpretação do texto legal.

Entretanto, a realidade escancarou o fato de que era impossível impedir que juízes interpretassem o texto legal, o que tornou necessária uma mudança de paradigmas no Judiciário francês, notando-se uma verdadeira alteração nos fundamentos revolucionários quanto ao Poder Judiciário, sendo tal mudança favorecida pelo desaparecimento da desconfiança da sociedade na magistratura, vez que no Estado liberal francês os juízes tornaram-se funcionários públicos, extinguindo-se assim os cargos hereditários.

Doutra banda, também colaborou com a possibilidade de interpretação da lei pelo Judiciário o reconhecimento da diferença havida entre interpretação autêntica e jurisprudencial, sendo resguardada a primeira ao Poder Legislativo, enquanto a segunda caberia ao Judiciário, a qual passou a ser tratada como obrigatória na resolução dos conflitos, vez que se atentou ao fato de ser impossível que a legislação abarcasse todas as situações fáticas, cabendo ao juiz interpretar o texto conforme o caso específico.

Assim, já no Código Napoleônico a jurisprudência passa a ser vista como parte correspondente à evolução do Direito e importante colaboradora na aplicação prática da norma, o que fez com a Corte de Cassação passasse, de órgão destinado ao controle político do Poder Judiciário, a desempenhar o papel de controlador judicial da interpretação jurisprudencial (CALAMANDREI. 1945, p. 109-112).

Nesse sentido o Código Napoleônico alterou drasticamente a sistemática até então existente, tornando obrigatório que o juiz interpretasse a lei, sendo vedado o não julgamento sob a alegação de que o texto legal se fazia silente, obscuro ou insuficiente quanto à situação litigiosa.

Assim, a imposição do dever de interpretação ao magistrado, promoveu, naturalmente, decisões com entendimentos diversos sobre o mesmo texto de lei, fazendo com que o Tribunal de Cassação passasse atuar para a consolidação de uma adequada interpretação, prezando por uma uniformidade interpretativa. Desta forma, passou-se da *contravention au texte de la loi*, como elemento de admissibilidade do recurso de cassação, para a *fausse interprétation de la loi*, tornando viável o manuseio de apelos que alegassem a falsa ou incorreta interpretação legal.

Dadas tais mudanças de paradigmas, a Corte de Cassação viu-se obrigada a não mais limitar-se na busca do significado abstrato da lei, mas também na qualificação jurídica dos fatos narrados no caso concreto, bem como no exame da relação estabelecida pelo magistrado entre norma legal e fato controvertido, sendo, portanto, cabível recurso sobre decisão na qual se observasse a *fausse application de la loi* (CALAMANDREI. 1945, p. 117).

Desta forma, em face às novas atribuições conquistadas na evolução da história da Corte de Cassação, esta deixa de ser mero órgão vocacionado a negar validade as decisões judiciais que invadissem o espaço reservado ao Legislativo, ou seja, àquelas que dessem interpretação ao texto legal; englobando dentro de suas atividades verdadeiras funções jurisdicionais, adentrando assim na matéria de fundo dos processos que lhe são encaminhados, fundamentando os motivos pelos quais a decisão recorrida deveria ser cassada, vindo a fornecer, claros sinais de como o texto legal deveria ser interpretado pelo juiz de reenvio.

Nesse sentido, sobre a alteração na função cassacional da Corte, a partir da superação do entendimento de identificação entre Direito e lei e a transformação destes Tribunais em verdadeiras terceiras instâncias, Castanheira Neves (2014, p. 647) afirma:

[...] bem se sabe, de que a identificação do direito com a lei significava ainda a exclusão de qualquer outra normatividade jurídica no processo de realização do direito – acto que assim se postulava de mera aplicação, e aplicação lógico-dedutiva, de um direito todo ele dado, ou por inteiro já previamente constituído. O reconhecimento posterior, contra este ingênuo radicalismo jurídico e metodológico, da indispensável mediação normativa (e mediação normativo-juridicamente constitutiva) da jurisprudência na e para realização do direito, não podia deixar de impor que os supremos tribunais, desde que não quisessem renunciar ao *contrôle* jurídico, daquela realização pelos tribunais de instância, assumissem eles próprios a função jurisdicional – i. e., que não prescindissem de ajuizar do mérito, do bem ou mal julgado da decisão ou a mera apreciação da legalidade formal, que não atingisse o conteúdo jurisdicionalmente concreto da decisão, não permitia decerto aquele *contrôle*. Foi deste modo que os próprios tribunais de cassação se converteram em verdadeiros tribunais de terceira instância – instância na qual a causa *stricto sensu* se vê submetida a um terceiro julgamento jurisdicional, ainda que de objeto material limitado.

Na realidade francesa pós-revolução, as alterações ocorridas nas funções da Corte de Cassação foram compiladas na Lei de 1º de Abril de 1837, que reforçou o instituto do *Référé*, dando, em consequência, autoridade a decisão cassacional, afirmando que quando a Cassação se pronunciasse, em seções reunidas, pela segunda vez sobre específico assunto de Direito já discutido em mesma decisão recorrida, o juiz de reenvio deveria acatar o posicionamento do Tribunal de Cassação.

Assim, mesmo sobre críticas de se estar transferindo à Corte de Cassação parcela das atividades privativas do Poder Legislativo, tal Tribunal passou a figurar como Corte judiciária de vértice, com a função de definir a interpretação da lei, a qual deve ser seguida pelos juízos ordinários³⁷.

Dessa forma, a evolução da Corte de Cassação fez com que esta passasse da função de garantidora da não intervenção do Judiciário na seara do Legislativo, por meio de decisões de natureza negativa, que se prestavam tão somente a cassar a sentença que interpretasse a lei, para revestir-se na qualidade de Tribunal de Vértice, com atividade jurisdicional, responsável por dar a interpretação ao Direito e garantir a sua uniformidade, restando aos tribunais ordinários a autonomia para tratar dos fatos do caso objeto do litígio³⁸.

Portanto, com o efeito do que Zaffaroni (1995, p. 58) chama de bonapartismo, que constitui na profissionalização e burocratização da Corte de Cassação francesa, surgiu um modelo de judiciário hierarquizado e verticalizado, pelo qual os juízes de instâncias inferiores encontravam-se obrigados pelas decisões proferidas pelo órgão responsável pela unificação da jurisprudência; tendo a França exportado tal modelo para praticamente toda a Europa continental, especialmente para Itália e Alemanha.

Tal modelo, destinado a solução de conflitos particulares, diferentemente do sistema adotado nos Estados Unidos da América – analisado no próximo capítulo –, que tinha como escopo principal o controle de constitucionalidade, manteve-se vigente na Europa continental até o final da Primeira Guerra Mundial.

Calamandrei (1945, pp. 114-115), ao analisar o modelo cassacional francês, critica claramente a obrigatoriedade de suas decisões, vez que, segundo o jurista, tal eficácia é característica própria da lei, motivo pelo qual tal modelo levaria a violação da liberdade de julgamento e do princípio de que o juiz encontra-se sujeito unicamente ao texto legal.

Nesse sentido, o posicionamento de Calamandrei (1945, pp. 114-115), mesmo que traçando ressalvas sobre a importância da uniformidade da interpretação da lei para a consecução de igualdade e segurança jurídica, afasta a possibilidade da existência de precedentes obrigatórios, vez que o mestre italiano parte do princípio de que tal instituto

³⁷ Sobre a autoridade das decisões cassacionais, Marinoni (2014, p. 49) afirma: “[...] a obrigatoriedade de uma decisão voltada a definir a interpretação da lei não significa restrição à liberdade do juiz, pois se o juiz está sujeito à lei – como se gosta de dizer –, por maior razão está obrigado perante a decisão que tem autoridade para interpretá-la”.

³⁸ Ao versar sobre a evolução da Corte de Cassação francesa e sua função de interpretar o direito e unificá-lo, Zaffaroni (1995, p. 54) disserta: “[...] o ‘tribunal de cassação’, surgido como tribunal de controle do legislativo sobre o judiciário, terminou alterando seu nome republicano pelo monárquico de ‘corte de cassação’, cumprindo funções de governo judiciário, dependendo do executivo e impondo verticalmente seus critérios jurisprudenciais a todos os tribunais ‘inferiores’, sancionando e excluindo os que resistissem à sua domesticação”.

estaria revestido de imutabilidade, o que os tornariam eternos e irrevogáveis, sendo, portanto, possível de serem aplicados somente em países nos quais o juiz estivesse incumbido de criar o Direito.

Entretanto, na busca de uma forma de se garantir a unidade do direito e a autoridade das decisões do tribunal de cúpula, Calamandrei 1945 (1945, p. 117) afirma que os juízes de instâncias inferiores estariam “moralmente” vinculados às interpretações dadas ao Direito pela Cassação, vez que cabe a tal Tribunal impor suas decisões, reformando aquelas que se deem em sentido oposto ao seu posicionamento; ou seja, prega a existência e necessidade, a fim de se assegurar a segurança jurídica e a igualdade, de que as decisões cassacionais tenham efeito persuasivo sobre as instancias inferiores.

Assim, o modelo de Corte de Cassação francês destaca-se pela sua evolução, que pode ser notada pelo fato de ter iniciado suas atividades como Tribunal sem atuação jurisdicional, que tinha como escopo ser garante da separação dos poderes, freando uma possível invasão do Judiciário nas funções legislativas por meio de decisões de natureza negativa e não revestida de obrigatoriedade para chegar a atuar como Corte Cúpula, com função jurisdicional e destinada a oferecer a correta interpretação da lei e prezar pela uniformidade de sua aplicação.

Todavia, o receio de que a obrigatoriedade das decisões do Judiciário sobre os próprios juízes de instâncias inferiores pudesse tolher a liberdade do juiz, o qual se encontra submetido unicamente à lei, fez que com que o modelo francês, disseminado pela Europa continental, gerasse uma cultura de desprezo às decisões prolatadas pelas Cortes Supremas, o que, segundo Marinoni (2014, p. 74), obstaculizou a “última, consequente e natural mutação da Corte de Cassação em Corte de Precedentes”.

Demonstrada a formação e evolução do modelo de Corte de Cassação adotado pela França pós-revolucionária, passa-se a analisar a forma como atualmente se encontra organizado o Poder Judiciário e a *Cour de Cassation* francesa.

Hoje, a Justiça francesa encontra-se estruturada em forma piramidal, incluindo em sua organização três níveis: i) tribunais de primeira instância; ii) tribunais de apelação; e iii) Corte de Cassação, sendo o último nível, correspondente ao mais alto tribunal sobre assuntos civis e penais, não recaindo sobre si nenhuma matéria constitucional e nem mesmo administrativa, que são de competências do Conselho Constitucional e do Conselho de Estado respectivamente (CADIET. 2015, p. 1)

Nesta organização judicial cabe à Corte de Cassação francesa o desempenho, segundo Loïc Cadiet (2014, pp. 4-5) de uma dupla função, sendo estas: i) *jurisdicional e disciplinar* e ii) *jurisdicional e normativa*.

A primeira delas encontra respaldo no artigo 604 do Código de Processo Civil Francês, que determina a clara natureza cassacional da Corte, afirmando: “El recurso se dirige a lograr que la “Cour de Cassation” aprecie la desconformidad de la sentencia impugnada con el ordenamiento jurídico”, ou seja, pronunciar-se sobre a legalidade da decisão recorrida e não sobre a questão de fundo, vez que, conforme Cadiet (2015, p. 4) “no se le somete el litigio, y por tanto no tiene que resolver de nuevo como lo hace un tribunal de apelación, sino que solamente se le somete la decisión pronunciada en primera o segunda instancia o en apelación”.

Assim, a função *jurisdiccional e disciplinar* se revela no momento em que a Corte cassa, anula e remete a decisão impugnada, afirmando que seu teor contraria a legislação, executando assim a tarefa de tutelar a legalidade.

A segunda função apontada por Cadiet (2015, p. 5) – *jurisprudencial e normativa* –, surge com as atribuições jurisdicionais conquistadas pela Corte, que passou a interpretar a lei; mas sem que suas decisões fossem revestidas de eficácia perante terceiros e efeito vinculante, podendo, todavia, desempenhar a função de criação de jurisprudência e servir como referência para os demais órgãos do Judiciário.

Ainda sobre a segunda função desempenhada pelo Corte de Cassação francesa, merece destaque o instituto da “petição de ditame”, criado em 1991, compreendido como procedimento consultivo e não decisivo, que busca reforçar a segurança jurídica, evitando incertezas sobre novos textos legais, por meio de consultas ao Tribunal de Vértice.

Nesse sentido, sobre as funções da Corte e o volume de trabalho, Cadiet (2015, p. 5) afirma:

Hoy, la “Cour de Cassation” se debate entre estas dos funciones, de un lado la disciplinaria y de otro la normativa. La función jurisprudencial y normativa no tiene verdadero sentido más que si la “Cour de cassation” puede realizar una obra de pedagogía en sus decisiones, lo que supone que puede tener tiempo para dictar sentencias con una motivación extensa con ocasión de una série de asuntos que tengan um valor ejemplar, mientras que la función jurisdiccional y disciplinaria le impone por el contrario la necesidad de conocer todos los recursos que ante ella se interpongan, ló que le enfrenta una masa de expedientes que le obliga a un tratamiento em cadena y una racionalización de sus procedimientos.

Para que atue em suas funções, o Recurso de Cassação é entendido como apelo de natureza extraordinária, previsto para tanto a necessidade de serem preenchidos os requisitos de admissibilidade, que são: i) desafiar decisão jurisdiccional de última instância; ii) existência

de suposta infração a lei³⁹, que pode ser entendida como: a infração da lei por interpretação equivocada; pela errônea aplicação do direito aos fatos; pelo excesso de poder, que compreende violação a separação dos poderes e por suposta violação a acordo firmado entre as partes; e iii) existência de infração lógica, que ocorre quando a decisão recorrida é insuficiente ou incoerente⁴⁰.

Assim, face à função da Corte e a inexistência de filtros seletores dos recursos que serão apreciados pelo Tribunal de Vértice (TARUFFO. 2009, p. 101), a Corte de Cassação Francesa recebe elevado número de recursos por ano – em 2007 a Corte julgou 20.354 processos de natureza civil e 8.468 em matéria penal (CADIET. 2015, p. 2), que são distribuídos entre seus mais de 200 magistrados⁴¹.

Encontrando-se assim organizada, a Cassação francesa, em que pese seu gigantismo, desempenha, segundo Taruffo (2009, p. 102), de forma eficaz suas atribuições, tendo assim afirmado:

Parece, de todas maneras, que incluso con algunos problemas de funcionalidad la *Cour de cassation* está en capacidad de desempeñar de manera bastante eficaz la función de control de legitimidad que constituye su tarea fundamental. Y también que, a pesar de que los jueces de mérito tiendan con frecuencia a rebelarse contra las decisiones de la corte suprema, los *arrêts* que ella emite están dotados de un grado elevado de autoridad, y por tanto representan precedentes con notable capacidad para incidir en la jurisprudencia posterior. Esto implica que también la función de unificación de la jurisprudencia se desempeña de modo relativamente eficaz y que, por tanto, se realiza también en el sistema francés – a pesar del elevado número de pronunciamientos de la corte – una *nomofilaxis por precedentes*.

3.2 – A Corte de Cassação italiana.

A Corte de Cassação Italiana teve como origem histórica o modelo francês, motivo pelo qual, mesmo após inúmeras reformas, mantém ainda como suas principais funções: desempenhar o papel de órgão responsável pela unificação da jurisprudência e controle da

³⁹ Sobre o requisito de admissibilidade referente à infração à lei, Cadiet (2015, p. 7) afirma: “El principal presupuesto de apertura del recurso de casación es la *infracción de la ley*. Desde el punto de vista de las fuentes, la ley debe entenderse aquí en el sentido de derecho. Además de la ley *stricto sensu*, puede tratarse de una norma regulamentaria, de una costumbre, de usos de carácter obligatorio o de principios generales del derecho. Esta norma jurídica puede ser nacional, comunitaria o internacional”.

⁴⁰ Cadiet (2015, pp. 7-8) conceitua a insuficiência das decisões da seguinte forma: “La insuficiencia se refiere por supuesto a la insuficiencia fáctica para justificar la decisión de los tribunales de instancia”. Já a incoerência é assim tratada: “em primer lugar se puede tratar de una incoherencia interna: los motivos de la resolución son contradictorios o existe una contradicción entre los motivos y la parte dispositiva. La incoherencia puede ser igualmente externa. La coherencia de la decisión se aprecia en estos casos a tenor de su inserción en el ordenamiento jurídico”.

⁴¹ Os magistrados que compõem a Corte de Cassação francesa são: 1 Primeiro Presidente, 6 Presidentes das Câmaras, 88 assessores, 65 assessores *référéndaires* e 153 magistrados (CADIET. 2015, p. 1).

legalidade material e processual das decisões que são submetidas a sua apreciação (TARUFFO. 2009, p. 102).

O artigo 111, parágrafo 11 da Constituição italiana permite que qualquer tipo de sentença seja impugnada por meio do Recurso de Cassação, sendo este entendido como uma forma de garantir o princípio da igualdade, como afirmado por Chiarloni (2015, p.4): “La garantía del recurso de casación en una situación de tal índole tiene la función de reparar la violación del principio de igualdad sufrido por el derrotado”.

Assim, o Recurso de Cassação é meio pelo qual a Corte se encontra aberta a apreciar a legalidade de qualquer tipo de decisão judicial, constituindo condicionante à interposição do apelo a existência de violação a direito material ou processual e vícios de motivação, que são considerados como falta, insuficiência ou contradição na fundamentação jurídica na sentença apelada.

Sobre os efeitos da decisão, tem-se que ao prover o recurso de cassação, a Corte não deve somente anular o julgado recorrido, como também enunciar o princípio do Direito que deve ser observado, sendo que, suas decisões não têm efeitos vinculantes.

Desta forma, o recurso de cassação italiano passa a ser visto como a *ultima ratio* da parte derrotada, que não se conforma com a decisão que não lhe favorece, buscando melhor sorte junto a Corte Suprema, o que demonstra seu caráter privatista, não desempenhando, em consequência, sua função publicista, qual seja, prover a decisão de questões de interpretação e aplicação do direito que pode ter uma eficácia e caráter geral, mas que para além do interesse das partes, possa também influenciar na evolução do Direito, incidindo nas decisões de casos sucessivos (TARUFFO. 2009, p. 102).

Sendo o sistema estruturado desta forma, com ampla recorribilidade, entendendo-se o recurso de cassação como direito subjetivo da parte, Andrea Potro Pisani (2015, p. 539), informa que a Corte Italiana não reúne condições para assegurar a uniformidade da interpretação jurisprudencial e ser instrumento que promova a segurança jurídica, dado o alto número de recursos que são encaminhados ao Tribunal por ano e seu consequente gigantismo, tendo assim afirmado:

El número de recursos de casación ha ido progresivamente aumentando para estabilizarse en estos últimos años en torno a los treinta mil, treinta mil que constituyen también el número de los recursos de casación decididos por año. Pero el número de juicios pendientes a fin de año ha superado y en todo caso continuado a superar los cien mil.

El número de consejeros de casación es cerca de 160 más 27 presidentes, de los que efectivos son 140. Cada juez emana cerca de 220 decisiones por al año, es decir, más de una al día, sin contar los días feriados, vacaciones, por no hablar de los días de audiencia.

La situación es claramente anormal, y esta anormalidad deriva en la progresiva descalificación (salvando excepciones) de las decisiones y en el aumento de los conflictos ocultos.

No mesmo sentido, ao tratar sobre o tamanho da *Corte Suprema di Cassazione*, Michele Taruffo (2009, p. 103), chega a afirmar que dado seu volume de trabalho e o número de magistrados, a corte constitui um *monstrum* sem qualquer equivalente em outro sistema processual, trazendo consigo inúmeros inconvenientes, como a grande demora no julgamento dos feitos e dificuldades organizativas.

Assim, o modelo de Corte de Cassação Italiana, totalmente aberto a qualquer tipo de recurso, sendo um tribunal com uma enorme quantidade de magistrados, que busca tutelar a legalidade e dar unidade a jurisprudência, diferentemente do modelo francês, não vem logrando êxito nas suas tarefas, encontrando-se preso em um círculo vicioso, que leva a formação de uma jurisprudência caótica, gerando, em consequência, a falta de previsibilidade das decisões, de efetividade da igualdade, fenômeno assim explicado por Chiarloni (2015, p. 6):

Estamos frente a un círculo vicioso. Cuanto más aumentan los recursos, tanto más aumentan los contrastes tanto por la dificultad para los jueces llamados a decidir de tener conocimiento de los precedentes más recientes a causa de la elephantiasis de la corte y de su interno desorden organizativo, como por las incontenibles divergencias respecto de los valores que sustentan la interpretación jurídica, que se verifican en las valoraciones de los diferentes colegios que rotan entre las secciones. Pero cuanto más la jurisprudencia de la corte se asemeja a un supermercado donde el derrotado en el juicio de mérito también encuentra precedentes favorables, tanto más aumentan los recursos.

3.3 – A Corte de Revisão alemã.

A organização das cortes de vértice alemãs, seguida por outros países europeus, tais quais Áustria, Suíça e países escandinavos, pode ser considerado, segundo Michele Taruffo (2009, p. 98) a clara evolução do modelo de cassacional francês, vez que se transformou a partir do desempenho de funções essencialmente voltadas ao controle da legalidade das decisões recorridas e secundariamente de unificação da jurisprudência, para a concepção de uma corte suprema orientada a construção de precedentes, ou seja, cuja principal função é a formação de uma jurisprudência coesa e unificada. Contudo, antes de se tratar da guinada que se deu na estrutura judiciária alemã, importante demonstrar, de forma breve, como se encontra organizada a Justiça germânica.

A estrutura judiciária alemã encontra-se dividida em um sistema de cortes de jurisdição comum (*ordentliche Gerichte*) e um sistema de cortes de jurisdição especializada, que conta com Justiça do Trabalho (*Arbeitsgerichte*), Administrativa (*Verwaltungsgerichte*), do Bem Estar Social (*Sozialgerichte*) e Tributária (*Finanzgerichte*) (STÜNER. 2011, p. 336)⁴².

O sistema judiciário germânico, dividido em especializado e comum, conforme artigo 95 da Constituição Alemã, é composto tanto por juízes de primeira instância, cortes de apelação (exceto a Justiça Tributária, que conta somente com juízes de primeira instância e Suprema Corte), e como último recurso, as Supremas Cortes Federais de cada justiça especializada e ordinária, contando ainda com a Suprema Corte Constitucional⁴³ (*Bundesverfassungsgericht*) (STÜNER. 2011, p. 336).

No que tange a justiça comum, com competência residual – basicamente direito civil e penal – a organização judiciária alemã conta com a existência da Suprema Corte Federal – *Bundesgerichtshof* ou *BGH* – que se encontra situada em Karlsruhe, e tem competência inteiramente recursal, sendo composta por 122 juízes, que se encontram alocados em: 5 Câmaras Criminais (*Strafsenate*), 12 Câmaras Cíveis (*Zivilsenate*) e 4 Câmaras especializadas, que cuidam de casos referentes a direito antitruste, patentes etc. (STÜNER. 2011, p. 338).

Caso ocorra divergência de entendimento entre as Câmaras da própria Corte, pode ocorrer a convocação da Grande Câmara Civil ou Criminal (*Großer Senat*), que tem como função solver a diferença e promover a manutenção da unidade do direito alemão comum.

Demonstrada sucintamente a estrutura judiciária alemã, passa-se a analisar a forma como ocorreu a mutação da Suprema Corte Federal alemã de uma Corte voltada a tutela da legalidade para uma Corte que tem como função primordial a promoção da legalidade.

A guinada nas funções desempenhadas pelo *BGH* se deu a partir do momento em que a Corte alemã passou a dispor de poder discricionário para a seleção dos recursos que entende

⁴² Tratando das competências das principais cortes especializadas da Alemanha Rolf Stüner (2011, p. 336) afirma: “The Labor Courts have competence to decide issues arising from the employer-employee relationship, collective bargaining issues, and issues between management and workers’ representatives. The Administrative Courts have jurisdiction over appeals from decisions of the state or federal administration or its administrative agencies as well as proceedings to review or compel action by a government administration or administrative agencies. The Social Welfare Courts largely concerned with claims for various forms of government benefits. The jurisdiction of the Tax Courts can be rightly inferred from their name”.

⁴³ Sobre as competências da Suprema Corte Constitucional, Rolf Stüner (2011, p. 340) disserta: “The Constitutional Court has the unique role and power to review the constitutionality of legislation and governmental actions and policies, and, where appropriate, declare them unconstitutional. Established in its present form with the adoption of the German Constitution (*Grundgesetz*) in 1949, the Federal Constitutional Court is the highest institution in the judicial branch, coequal with legislative and executive branches of the German government”.

ser necessário decidir, o que se deu por meio de reforma procedida no ano de 2001, prevendo-se que o recurso dirigido à Corte poderia ser admitido unicamente quando fosse observada uma das três seguintes hipóteses: i) existência de questão jurídica de fundamental importância (*grundsätzliche Bedeutung*); ii) necessidade de pronunciamento da Corte de *Revision* para a evolução do Direito; e iii) criação de uma jurisprudência uniforme.

Sobre o procedimento adotado pela reforma de 2001, ou seja, a criação de filtro recursal para a Suprema Corte alemã Rolf Stüner (2011, pp. 338-339) afirma:

The preliminary stages of most appeals to the Federal Supreme Court came to resemble a kind of *certiorari* proceeding. In the preliminary proceedings (*Annahmeverfahren*) the appellant had to convince the senate to which the appeal papers had been referred that the appeal was of sufficient significance and had a sufficient likelihood of success as to warrant attention. The appeal went forward to the merits only if Federal Supreme Court decided not to reject it.

Ainda sobre o filtro recursal criado no sistema germânico, tem-se que os requisitos de admissibilidade são verificados, primeiramente pelo tribunal de apelação, que ao entender que se encontram preenchidos os elementos necessários à apreciação do recurso, determina o julgamento pela Suprema Corte Federal, caso contrário, ou seja, negativa de recebimento do recurso, cabe à parte recorrer a Corte Suprema para que avalie o preenchimento dos requisitos.

Assim, com as alterações trazidas pela reforma de 2001, o recurso ao Tribunal de revisão não se reveste na qualidade de incondicionado direito subjetivo das partes, como ocorre no modelo franco-italiano, motivo pelo qual a Corte passa a ter como função essencial, não mais a verificação da correta aplicação da lei a um caso concreto, que se torna sua atividade secundária, emergindo como primária a tarefa de administrar a legalidade do sistema jurídico em seu conjunto por meio de sentenças (TARUFFO. 2009, p. 99).

Nesse sentido, os elementos que constituem os filtros seletores dos recursos encaminhados à Suprema Corte Federal – fundamental importância da questão jurídica; evolução do direito e unificação da jurisprudência –, deixam claro que o Tribunal passa a atuar voltado para o futuro, ou seja, a formar precedentes a serem observados posteriormente pelos demais órgãos do judiciário. Taruffo (2009, p. 99), assim se posicionou sobre tais filtros e a guinada da Corte ao futuro:

El hecho de que no se trate de la importancia de la cuestión para las partes, hace establecer un precedente, de modo que la cuestión de “fundamental importancia” se resuelva autoritativamente por el supremo órgano jurisdiccional. Es fácil ver que se trata también de decisiones “de cara al

futuro”, es decir, dirigidas a hacer que la misma cuestión se resuelva por los jueces posteriores siguiendo las indicaciones dadas por la corte suprema.

Ao analisar como condicionante de admissibilidade a necessidade de evolução do Direito, também se nota que Corte prolata decisões voltadas ao futuro, vez que ao proceder à revisão de uma posição já tomada, ou seja, alterando sua jurisprudência, só terá eficácia ao ser seguido e aplicado posteriormente pelas demais instâncias judiciais.

Por fim, a terceira e última condicionante, promover a uniformidade da jurisprudência, também demonstra sua função proativa, vez que, conforme Taruffo (2009, p. 99) “es a través dela eficacia del precedente de las decisiones de la corte que se puede hacer uniforme una jurisprudencia hasta el momento há sido conflictiva e contradictoria”.

Assim, o modelo de alemão de Tribunal de Vértice, que se baseou inicialmente na Cassação francesa, passou por sensível mudança no início deste século, fazendo com que a atividade da Corte se voltasse ao futuro, deixando de desempenhar, devido aos filtros seletores impostos aos recursos, a função de controle da legalidade para a administração da legalidade, que vem a ser realizado pela Corte por meio de seus próprios precedentes.

Assim, demonstrado a formação do modelo de Corte de Cassação, por meio do estudo da Corte Francesa, e da atual situação da Cassação Francesa e Italiana e as alterações que permitiram a mudanças de escopo da Corte alemã, passa-se a analisar, em contraponto a estes sistemas judiciários, a formação, desenvolvimento e competências do sistema judicial adotado nos Estados Unidos na América e os poderes conferidos a sua Suprema Corte, para, posteriormente, tratar do Judiciário brasileiro.

4 – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: A SUPREMA CORTE NORTE-AMERICANA

Demonstrada nos capítulos anteriores a evolução do sistema judiciário na Europa continental e na tradição da *Civil Law*, como forma de apoiar o desenho do Poder Judiciário instituído no Brasil, importante tratar também da formação e desenvolvimento do modelo judicial norte-americano, vez que, como será apontado no capítulo subsequente, impossível se falar que o Judiciário brasileiro tenha como espelho apenas o modelo continental Europeu. O presente capítulo tem como finalidade tratar a forma como é estruturado o Judiciário norte-americano, notadamente sua Suprema Corte, apontando quais são seus poderes, prerrogativas e suas divergências ao modelo cassacional francês.

Todavia, para se chegar à estrutura judiciária estadunidense, importante se faz trazer apontamentos sobre o sistema da *Common Law* inglesa e norte-americana e seus principais institutos, os quais serão abaixo explanados.

4.1 – Da formação da *Common Law* inglesa.

Para se delinear de forma clara o modelo de Judiciário criado nos Estados Unidos da América pós-processo de independência e as funções e competências de sua Suprema Corte, importante tratar, de forma breve, o histórico da *Common Law* inglesa e seu desenvolvimento, vez que o modelo estadunidense bebeu diretamente da fonte de seus colonizadores, trazendo, contudo, novos matizes que merecem destaque.

O sistema de Direito forjado na Inglaterra remonta ao ano de 1.066, quando da conquista normanda, fato que levou à centralização do governo e, em consequência, da administração da justiça, criando-se as Cortes Reais, as quais passaram a determinar seus procedimentos e um direito substantivo que se aplicasse a todos os cidadãos ingleses, extirpando assim a aplicação de costumes locais, dando formação à *Common Law*.

Ao lado das Cortes de Justiça e da *Common Law*, viu-se surgir também o sistema denominado *Equity*, que tem como base o apelo ao Rei por parte daqueles que não aceitavam as decisões das Cortes Reais e requeriam uma espécie de perdão real; tendo sido criado para tanto a função do *Chancellor*, um conselheiro do Rei incumbido de decidir os pedidos de revisão, expedindo, caso se convencesse dos argumentos colocados pelos interessados, um

writ à autoridade local, que deveria se encarregar, por sua vez, de dar cumprimento àquilo decidido pela *Court of Chancery*.

No que tange à *Common Law* em sentido lato, uma das facetas do direito inglês, esta se desdobra em: *Common Law* em sentido estrito e *Equity*, sendo o primeiro deles baseado nas decisões judiciais, enquanto o segundo foi responsável por forjar os princípios gerais do direito inglês.

Sobre a diferença entre *Common Law* em sentido lato e *Equity*, Guido Fernando da Silva Soares (1999, p. 32) afirma:

A primeira acepção de *Common Law* é a de “direito comum”, ou seja, aquele nascido das sentenças judiciais dos Tribunais de Westminster, cortes estas constituídas pelo Rei e a ele subordinadas diretamente, e que acabaria por suplantando os direitos costumeiros e particulares de cada tribo dos primitivos povos da Inglaterra [...], enquanto oposto a *Equity*, direito aplicado pelos Tribunais do Chanceler do Rei, originado de uma necessidade de temperar o rigor daquele sistema e atender a questões de equidade.

Dessa forma, a *Equity* funcionou por séculos no modelo judiciário inglês como elemento supletivo à *Common Law*⁴⁴, sendo utilizado como forma de aprimoramento do sistema, ou seja, inexistindo remédios adequados aos anseios sociais ou quando a *Common Law* não se prestava a atender as demandas da sociedade, pleiteava-se a intervenção da *Court of Chancery*, que poderia, a partir de um caso concreto, dar novos contornos as decisões tomadas pelas Cortes Reais de Westminster.

Nesse sentido, o modelo inglês teve uma natureza dual, compreendido na existência de uma Corte Real e de uma Corte de *Equity*, até a edição dos *Judicature Acts* de 1873 e 1875, os quais levaram à unificação dos procedimentos existentes e à extinção do modelo baseado em dois tribunais – Cortes Reais e Cortes de *Equity* –, o que se deu por meio da abolição dos antigos tribunais centrais, que foram substituídos pela *Supreme Court of Judicature* (composta por *High Court of Justice* e *Court of Appeal*); todavia, mesmo dados a unificação dos procedimentos e o fim de tribunais com jurisdições distintas, persistiu a existência de dois corpos de direito, o primeiro deles formado pelas regras da *Common Law* e o segundo pelas regras da *Equity* (STRECK; ABBOUD. 2014, p. 26).

⁴⁴ Ao dissertar sobre a formação da *Common Law* inglesa, Lênio Streck e Georges Abboud (2014, p. 25) afirmam a existência de cinco diferenças básicas entre a *Common law* e a *Equity*, levantando os seguintes pontos: “a) as regras de *Equity*, desenvolvidas pelo Tribunal de Chancelaria, possuíam origem histórica diferente das da *Common Law*, que eram oriundas do Tribunal de Westminster; b) a aplicação das regras da *Equity* era feita exclusivamente pelos Tribunais da Chancelaria, à exceção dos Tribunais de Westminster; c) o porcesso da *Equity* não comportava um júri, diferentemente da *Common Law*; d) as soluções que podiam ser solicitadas ao Tribunal de *Equity* não coincidiam com as que se submetiam ao tribunal da *Common Law*; e) a outorga de uma solução de *Equity* possuía caráter discricionário”.

Tal sistema dual de corpos de direito ainda existe no ordenamento jurídico inglês, convivendo de forma harmônica as regras provenientes do Parlamento (*statutory*⁴⁵) e também aquelas formadas a partir das decisões proferidas pelas Cortes do Reino (*Common Law* em sentido lato), sendo que, inicialmente, a primeira fonte surge com o intuito de promover adequações à segunda; o que não mais se nota hoje em dia, dada a grande produção legislativa, o que mitiga o seu caráter complementar.

Nesse sentido, a visão da *Common Law*, em contraponto à *Statue Law*, pode ser resumida nos seguintes termos: “*laid down by the courts, rather than by the legislature*”.

Ainda sobre a diferença entre a *Common Law* e a *Statue Law*, importante a consideração de Soares (1999, p. 39) sobre a aplicação destas na tradição romano-germânica e nos países de *Common Law*, afirmando que na primeira família busca-se a lei escrita como fonte primária do direito, e subsidiariamente a jurisprudência, enquanto na segunda, percorre-se o caminho inverso, ou seja, procuram-se fundamentos nos *cases*, para, posteriormente, caso se encontre uma lacuna, buscar elementos na lei escrita, o que demonstra o caráter integrativo dos *statues*.

Nesta linha, o modelo inglês diferencia-se do sistema continental europeu vez que se baseia num direito histórico e sem rupturas⁴⁶; pautado na premissa do *judge-made-law*, na qual a jurisprudência exerce papel central, formando um Direito Judiciário e não codificado, sendo tal fato diretamente ligado à baixa influência do direito romano, diferente do que ocorreu no continente.

Nesse sentido, ao discorrer sobre o diferente papel conferido aos magistrados nas famílias da *Civil Law* e na *Common Law*, Marinoni (2013a, pp. 48-49) afirma que a superação do jusnaturalismo racionalista pelo positivismo partiu da premissa de que o direito depende da vontade, sendo, na primeira tradição, o Parlamento o titular desta vontade, originando-se assim as codificações; enquanto que, na segunda, dada a confiança e espaço de poder conferido ao Judiciário, depositou-se nos juízes a vontade e a consequente criação do Direito.

⁴⁵ Sobre a função das leis no sistema jurídico inglês, Estefânia Maria de Queiroz Barbosa (2014, p. 46) afirma: “O *statute of law* tem função apenas de complementar, porque pressupõe a existência dos princípios gerais criados pela jurisprudência, ou seja, as leis só possuem sentido em relação ao *common law*, não de forma autônoma”.

⁴⁶ Ao tratar da *Common Law* inglesa e sua natureza histórica, Caenegem (2011, pp. 9-10) o trata como uma rede contínua, afirmando não haver uma ruptura óbvia ou uma mudança total do saber jurídico dos séculos passados, nem uma divisão entre o direito pré e pós-revolução. No direito inglês o presente nunca está totalmente dissociado do passado e suas raízes históricas são facilmente percebidas, destacando ainda: “La ausencia de un quiebre total en la historia jurídica inglesa a lo largo de los ochos siglos pasados no significa que no han existido períodos de cambio: la historia jurídica inglesa no es una historia de completo estancamiento. [...] No obstante, ninguna de estas legislaciones separo alguna vez el presente del pasado, ni intentaron hacerlo así. El respecto por las antiguas instituciones em ocasiones incluso invalidó consideraciones de lógica pura”.

Assim, por tratar-se de um direito histórico, sem grandes rupturas e solidificado na ideia do *judge-made-law*, a sua autoridade repousa “em suas origens e em sua geral aceitabilidade por sucessivas gerações” (BARBOZA. 2014, p. 44), diferentemente do que se nota no sistema do *Civil Law*, no qual a autoridade da lei encontra respaldo na legitimidade daquele que a promulgou.

Sobre a autoridade do direito inglês e sua evolução, David Strauss (2010, pp. 37-38) afirma:

Legal rules that have been worked out over an extended period can claim obedience for that reason alone. For the same reason, according to the common law approach, you cannot determine the content of the law by examining a single authoritative text or the intentions of a single entity. The content of the law is determined by the evolutionary process that produced it. Present-day interpreters may contribute to the evolution – but only by continuing the evolution. Not by ignoring what exists and starting anew. Characteristically, the law emerges from this evolutionary process through the development of a body of precedents.

Dessa forma, o sistema inglês é pautado pela inexistência de uma codificação geral, cabendo aos textos legais desempenhar função complementar ao direito advindo das decisões judiciais, as quais, devido a sua especialidade, prevaleciam sobre a lei, que somente era abarcada pelo direito quando da sua devida interpretação pelos tribunais.

Portanto, o direito inglês tem natureza judiciária, baseando-se na casuística, o que o torna pragmático, vez que surge uma regra nova a cada nova situação levada à apreciação do Judiciário, motivo pelo qual deve o juiz, com base nos precedentes, apresentar as razões e fatos que o aproximam ou afastam de decisão anteriormente tomada.

Assim, diferentemente do modelo norte-americano, que será abaixo explanado, considera-se a *Common Law* inglesa como sendo pura, vez que desconhece a supremacia de uma Constituição escrita e rígida, colocada numa organização jurídica piramidal, não havendo que se falar nem mesmo em primazia dos *statues*; entretanto, há de se destacar que dada a implantação do *Welfare State* e, posteriormente, a adesão à União Europeia, mitigou-se o caráter puro da *Common Law* inglesa⁴⁷, que cada vez mais é permeado pela existência de textos normativos.

⁴⁷ Sobre as mudanças na *Common Law* inglesa, Guido Fernando da Silva Soares afirma (1999, p. 39): “[...] é necessário considerar o crescente intervencionismo do Estado na vida da sociedade: a implantação do *Welfare State*, tanto nos EUA como na Inglaterra, tem trazido alterações no sistema; na verdade uma *Common Law* pura seria aquela existente na Inglaterra ao tempo da Rainha Victoria, anterior à Revolução industrial. Enfim, no caso da Inglaterra, é mister ter presente sua ativa participação na Comunidade Europeia, em que existe um direito escrito elaborado por legisladores supranacionais e que, por decisões reiteradas da Corte da Comunidade Europeia, tem vigência imediata na ordem jurídica interna, revertendo-se as prioridades que os intérpretes e aplicadores ingleses do direito local, tradicionalmente, praticam”

Por tais situações – caráter judiciário e ausência de codificação –, o direito inglês é tido como um sistema aberto, o que permite que as normas sejam elaboradas e reinterpretadas a partir do caso que bate às portas do Judiciário, contrariamente ao que ocorre na família da *Civil Law*, quando do modelo legislativo de Estado, vez que se partia do princípio de que a codificação abarcaria todas as situações do mundo cotidiano, motivo pelo qual haveria sempre uma lei aplicável à lide, repousando nesta a segurança jurídica perseguida pelo Estado Liberal.

Dessa forma, as diferenças havidas entre o sistema judiciário adotado no continente e na Inglaterra refletem de forma dicotômica o conceito e interpretação da Supremacia do Parlamento na França pós-revolucionária e no modelo inglês, como abaixo será demonstrado:

O sistema judiciário consolidado na Inglaterra, como acima destacado, adotou, após a Revolução Gloriosa, o princípio de Supremacia do Parlamento, a qual deve ser entendida de forma diversa à Supremacia do Legislativo adotada na França pós 1789, dado o fato de que neste a elevação da lei teve como escopo limitar a atuação do juiz. Já naquele a supremacia do Parlamento é entendida como a preeminência do Direito sobre o poder real e sobre as próprias leis, pois se notou a limitação dos atos legislativos à *Common law*, sendo o texto legislativo encarado como fonte secundária, enquanto a jurisprudência passa a desempenhar papel primordial, dada a construção histórica do Direito inglês que se deu sem grandes rupturas, sendo os juízes, diferentemente do que ocorria na França pré-revolucionária, vistos como colaboradores ao desenvolvimento do Direito e não com a desconfiança que pairava no continente e os fez limitados ao papel de boca da lei.

Assim, o sentido de Supremacia do Parlamento declarado pela Revolução Gloriosa, tido como a imposição do Direito ao Rei e ao próprio poder Legislativo, bebe da doutrina de Sir. Edward Coke (1610), tendo sido dado destaque ao papel da *Common Law*, na famosa decisão *Dr. Bonham case*, datado de 1610, na qual se afirma:

And it appears in our books, that in many cases, the common law will control Acts of Parliament, and sometimes, adjudge them to be utterly void: for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it, and adjudge such Act to be void.

Nesse sentido, ao discorrer sobre a Supremacia do Parlamento adotado em terras inglesas, Marinoni (2013a, p. 44) afirma:

Mais do que à lei, foi necessário dar destaque ao *common law* – ou 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 inteireza. Este direito submetia o monarca, contendo os seus excessos, mas também determinava o conteúdo e a produção legislativa, que, sem qualquer dúvida, não podia ser desconforme ao *common law*.

Demonstrado o caráter judicial do direito inglês e a adoção do princípio da Supremacia do Parlamento, importante tratar da doutrina que é tida como ponto fulcral⁴⁸ de todo este sistema, a denominada *doctrine of stare decisis*.

Antes de se proceder à análise do instituto do precedente e do *stare decisis*, o que se fará de forma breve, vez que não é o objeto do presente estudo, importante destacar que constituem elementos modernos à *Common Law*, não se confundindo com este, vez que a “*common law*, como os costumes gerais que determinam o comportamento dos *Englishmen*, existiu, por vários séculos sem *stare decisis* e *rule of precedent*” (MARINONI, 2013a, p. 31).

A doutrina do *stare decisis* é entendida como a vinculação às decisões previamente firmadas tanto horizontal como verticalmente, sendo a primeira notada quando do respeito dos tribunais inferiores aos precedentes firmados pelas Cortes Supremas, e a segunda referente ao respeito ao precedente pela própria instância que o promulgou.

Conceituando o que é um precedente e traçando sua diferença com a jurisprudência, Michele Taruffo (2014, pp. 3-4) afirma:

Quando se fala do precedente, faz-se geralmente referência a uma *decisão* relativa a um caso particular, enquanto se fala da jurisprudência faz-se, normalmente, referência a uma *pluralidade* frequentemente muito ampla de decisões relativas a vários casos concretos.

[...]

O precedente fornece uma regra (universalizável, como já mencionado), que pode ser aplicada como critério para uma decisão no próximo caso concreto em função da identidade ou – como ocorre normalmente – da analogia entre *os fatos* do primeiro caso e os fatos do segundo caso.

Assim, de forma simplificada, os precedentes podem ser entendidos como decisões anteriores que são parâmetros para novas decisões, alertando Camilo Zufelato (2015, p. 94) para a inexistência de um conceito unívoco de precedente nos países de *Common Law*, mas que em linhas gerais pode ser conceituado como: “decisão judicial pretérita com efeitos

⁴⁸ Em que pese a doutrina do *stare decisis* ser ponto fulcral para a compreensão do direito inglês, norteamericano e o sistema da *Common Law* como um todo, a sua explicação baseada somente no instituto dos precedentes é falha e incompleta; nesse sentido, Luiz Guilherme Marioni (2009, pp 1-2) afirma: “Como escreve Simpson, qualquer identificação entre o sistema do *common law* e a doutrina dos precedentes, qualquer tentativa de explicar a natureza do *common law* em termos de *stare decisis*, certamente será insatisfatória, uma vez que a elaboração de regras e princípios regulando o uso dos precedentes e a determinação e aceitação da sua autoridade são relativamente recentes, para não se falar da noção de precedentes vinculantes (*binding precedents*), que é mais recente ainda. Além de o *common law* ter nascido séculos antes de alguém se preocupar com tais questões, ela funcionou muito bem como sistema de direito sem os fundamentos e conceitos próprios da teoria dos precedentes, como, por exemplo, o conceito de *ratio decidendi*”.

vinculantes para decisões futuras. Ou seja, o *binding effect* é elemento essencial dessa noção de precedente”.

Definido o conceito de precedente, torna-se claro que adoção de sua sistemática na Inglaterra decorre da própria formação da tradição da *Common Law*, que, diferentemente da *Civil Law*, na qual a segurança jurídica reside sobre uma pretensa completude dos textos legais – códigos –, tem sua previsibilidade baseada na racionalidade, ou seja, “há uma racionalidade ao se seguir as decisões judiciais no sistema da *Common Law*, na medida em que se garante dessa forma uma estabilidade e uniformidade” (BARBOZA, p. 2014, p. 194).

Assim, a doutrina do *stare decisis* constitui o respeito vertical e horizontal aos precedentes, baseando-se na máxima *treat like cases alike*, o que garante a previsibilidade, uniformidade e consistência do sistema, sendo que a força obrigatória de se seguir o que previamente fora decidido surge da compreensão dos próprios magistrados da necessidade de se garantir a higidez de todo um sistema e não do receio de eventual penalidade a ser suportada pelo fato de se descumprir determinado precedente.

Nesse sentido, sobre a força vinculante dos precedentes e a aceitação destes pelos juízes, Estefânia Maria de Queiroz Barboza (2014, p. 201) afirma:

Em relação à força obrigatória dos precedentes, é possível dizer que estes têm caráter coercitivo, em que pese não existir uma sanção jurídica a respeito. Se um juiz reiteradamente se recusa a aplicar os casos aos quais estaria vinculado, Cross e Haris respondem que é possível que ele perca seu cargo, mas, na verdade, o que o impele é muito mais a possibilidade de uma reprovação moral por parte dos outros juízes do que eventual receio em receber punição. A uniformidade e a aceitação pelos juízes em seguir o precedente são tão grandes que não há sequer comentários por parte da doutrina ou tribunais a respeito.

Ainda sobre a força vinculante dos precedentes nos países de tradição da *Common Law*, interessante a análise feita por Victor Ferreres Comella (2010, pp.52-53), que aponta uma fragilidade institucional e o caráter excepcional dos recursos às Cortes Supremas como elementos que justificam o caráter coercitivo dos precedentes, afirmando:

En el common law, la situación ha sido otra. Tradicionalmente, no ha habido carrera judicial, con lo que no ha operado uno de los posibles incentivos institucionales para presionar a los jueces inferiores a aplicar con fidelidad la doctrina sentada por los superiores. Además, han sido siempre escasas las posibilidades de recurrir las sentencias dictadas por los tribunales de primera instancia: la apelación está muy limitada, y el acceso al tribunal supremo es verdaderamente excepcional. No cabe, pues, confiar únicamente en el sistema de recursos para lograr una mínima uniformidad en la aplicación de Derecho por parte de los jueces. Ante la fragilidad del sistema institucional desde este punto de vista, los países del *common law* han tenido que reconocer oficialmente la doctrina del precedente como “estabilizador ideológico interno” (en las palabras de Mirjan Damaska). Es decir, ha sido necesario que

arraigara entre sus jueces y abogados la convicción de que es jurídicamente obligatorio ajustarse a la jurisprudencia de los tribunales supremos.

Dessa forma, diferentemente do que ocorre nos países de tradição *Civil Law*, uma *judicial decision* passa a ter dupla função na *Common Law*, sendo a primeira delas, comum em ambas as famílias, a de decidir o caso *sub judice* gerando coisa julgada e a segunda, peculiar à *Common Law*, a da criação do precedente, com força obrigatória para os casos futuros (SOARES. 1999, p. 41).

Ao tratar da autoridade dos precedentes na família da *Common Law*, Guido Fernando da Silva Soares (1999, p. 42) faz a distinção entre aquelas decisões que tem natureza persuasiva e outras de caráter obrigatório. A primeira delas ocorre, em geral, a partir de decisões de tribunais de jurisdição paralelas ou de votos vencidos ou minoritários do mesmo tribunal ou cortes superiores; já a segunda, de natureza vinculante, surge a partir de decisões de cortes superiores de mesma jurisdição ou dentro de uma mesma corte.

Sobre os precedentes, importante destacar que estes não se revestem na qualidade de uma regra abstrata, mas sim ligada intimamente aos fatos que lhe deram origem, motivo pelo qual é necessário à sua correta aplicação o conhecimento das razões desta decisão e a diferenciação entre os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dicta*.

A *ratio decidendi* ou *holding* é constituída pelos elementos ventilados no caso que foram necessários à formação/criação da norma, correspondendo às motivações que fundamentam a decisão. Desta forma, a decisão concreta passa a valer para as partes, enquanto a *ratio decidendi* passa a valer abstratamente para todos, revestindo-se na forma de um precedente.

Ao definir o que vem a ser a *ratio decidendi*, MacCormick (2009, p. 153) afirma:

A ratio decidendi is a ruling expressly or impliedly given by a judge which is sufficient to settle a point of law put in issue by the parties' arguments in a case, being a point on which a ruling was necessary to his/her justification (or one of his/her alternative justifications) of the decisions in the case.

Já a *obiter dicta* pode ser conceituada por meio de exclusão: extraído o teor da *ratio decidendi* de determinada decisão, tudo aquilo que não se encontra abarcado como fundamental, elementar para a formação da norma, é considerado *dictum*, ou seja, tudo aquilo que é trazido no texto decisório, mas não é essencial ao deslinde da questão.

Nesse sentido, ao diferenciar *ratio decidendi* de *obiter dictum*, Michele Taruffo (2014, pp. 6-7) afirma:

Neste contexto, a doutrina do precedente faz a distinção entre *ratio decidendi*, ou seja, a regra de direito que foi posta como direto fundamento

da decisão sobre os fatos específicos do caso, e *obiter dictum*, isto é, todas aquelas afirmações e argumentações que estão contidas na motivação da sentença, mas que, mesmo podendo ser úteis para a compreensão da decisão e dos seus motivos, não constituem, todavia, parte integrante do fundamento jurídico da decisão. Esta distinção pode ser difícil de ser estabelecida na prática, mas é fundamental quando nos faz compreender como apenas por meio da referência direta aos fatos da causa se pode determinar qual é a razão jurídica efetiva da decisão, ou seja, a *ratio* que somente pode ter eficácia de precedente. Os *obiter dicta* não têm nenhuma eficácia e não podem ser invocados como precedente nas decisões de casos subsequentes vez que não condicionaram a decisão do caso anterior.

Demonstrada a diferenciação entre *holding* e *dicta*, importante destacar que a doutrina dos precedentes foi adotada de forma gradual na Inglaterra, tendo evoluído ao longo da história, encontrando-se seu início marcado pela grande rigidez e vinculação as decisões já prolatadas pela Câmara dos Lordes, como se extrai da decisão prolatada no caso *Beamish v. Beamish*, dada em 1859 e reiterada no famoso julgamento do caso *London Tramways v. London County Council*, datada de 1898⁴⁹, na qual se estabeleceu claramente que a Corte estaria vinculada a seus próprios precedentes (VIARO. 2013, p. 83).

Referida decisão representa, neste sentido, a consolidação na Inglaterra da doutrina positivista do precedente judicial, ou seja, a vinculação absoluta da Corte aos seus próprios precedentes e a impossibilidade de superá-los, o que se deu na intenção de inibir mudanças no direito a partir de decisões judiciais (VOJVODIC. 2012, p. 49).

Tal entendimento prevaleceu na Inglaterra do século XIX, valendo-se da ideia de que seguir ou não um precedente tinha como escopo garantir a certeza e previsibilidade das decisões, não cabendo à atividade judiciária o papel de promover a avaliação do conteúdo apostado em determinada decisão, gerando-se, assim, a necessidade de um sistema de *stare decisis* forte, prevendo que o magistrado deva se limitar àquilo que fora anteriormente decidido (VOJVODIC. 2012, p. 51).

A estrita vinculação da Corte aos seus precedentes vigorou na Inglaterra até 1966, quando da edição do *Practice Statement*⁵⁰, meio pelo qual foi conferida à *House of Lords* a possibilidade de decidir se seu precedente ainda seria vinculante para si, dando maior

⁴⁹ Sobre a formação da teoria dos precedentes no direito inglês, Estafânia Maria de Queiroz Barboza (2014, p. 196) aponta julgamento anterior ao caso *London Tramways v. London County Council*, afirmando que por meio do caso *Mirehouse v. Rennell*, de 1833, sedimentou-se o caráter vinculante das decisões, vez que o juiz James Parke, ao julgar o caso, manifestou-se a favor da aplicação de precedentes, o que se deu em respeito a uniformidade, consistência e certeza, tendo sido o caso julgado em 1898, importante por destacar o caráter vinculante do precedente ao próprio tribunal que o promulgou e a impossibilidade de ser revisto, fato este que somente se alterou em 1966.

⁵⁰ A mudança de paradigma ocorrida em 1966 na Inglaterra por meio do *Practice Statement*, deu-se a partir da visão de que a rígida aderência da *House of Lords* aos precedentes por ela mesma firmados poderia gerar injustiças a casos específicos, além de restringir o próprio desenvolvimento do direito, motivo pelo qual a Corte restou livre para decidir sobre a natureza vinculante ou não, para si mesma, de seus precedentes. (BARBOZA. 2014, p. 203).

flexibilidade e retirando amarras que pudessem impedir o desenvolvimento do direito por meio da atividade jurisdicional, rompendo assim os laços com a visão positivista do precedente.

Nesta linha, desenvolveram-se, a fim de se ofertar maior maleabilidade ao sistema dos precedentes, técnicas argumentativas que fazem com que o magistrado possa, em face às peculiaridades do caso, distinções e não mais adequação do precedente aos valores sociais e jurídicos, possa afastar sua aplicação, utilizando-se de institutos como o *distinguishing* e *overruling*⁵¹, o que não coloca abaixo a segurança jurídica baseada na doutrina do *stare decisis*.

Sobre as formas de não aplicação do precedente e sua harmonia com os princípios que busca alcançar, a saber: segurança jurídica, igualdade, coerência e estabilidade, Barboza (2014, p. 230) afirma:

A revogação de um precedente deve ser compreendida como um método pelo qual um tribunal nega um precedente com objetivo de confirmar o direito. Ou seja, quando um Tribunal de última instância admite que suas decisões podem estar erradas pode-se concluir que uma decisão judicial apenas estará errada se for contrária ao direito, por consequência, que o direito será algo superior a qualquer decisão.

Demonstrado de forma breve a evolução da *Common Law* na Inglaterra e seus principais elementos, fatos essenciais ao entendimento do direito americano, passa-se a analisar a estrutura judiciária criada nos Estados Unidos da América.

4.2 – O Sistema Judiciário Norte-Americano.

A *Common Law* norte americana, em que pese ter bebido diretamente do modelo adotado por seus colonizadores, distinguiu-se substancialmente deste sistema, dadas as inúmeras diferenças entre tais Estados, sejam elas de ordem geográfica, histórica, populacional, da forma de governo e Estado adotados, seja ainda pelo modo como foi substituído o entendimento de supremacia do Parlamento em terras americanas⁵².

⁵¹ Acerca das formas de superação dos precedentes, consultar Marinoni (2014a)

⁵² Nesse sentido, sobre a diferenciação entre o direito inglês e o direito norte-americano, René David (2002, p. 449) afirma: “Os dois direitos nunca chegaram, entretanto, a fundir-se. O afastamento entre eles era, a princípio, devido essencialmente à impossibilidade de se aplicar na América o direito inglês. A diferença, por vezes, a oposição entre eles, à parte das soberanias nacionais, é devida atualmente a um conjunto muito complexo de fatores; aqueles que, em diferentes planos, fazem dos Estados Unidos um Estado e dos Americanos, uma nação profundamente diferente da Inglaterra e dos Ingleses. A Inglaterra é uma ilha europeia; os Estados Unidos são uma massa continental menos dependente de seus vizinhos imediatos. A Inglaterra é um país de tradição; os

No novo continente substituiu-se a supremacia do Parlamento adotado pelos ingleses pela supremacia da Constituição, a qual é entendida como a “vontade soberana do povo, diversamente das leis que estabelecem a vontade seus representantes” (BARBOZA. 2014, p. 55).

Nesse sentido, o modelo constitucional fundado nos Estados Unidos da América foi o marco para formação do direito americano⁵³, bem como para o desenvolvimento do constitucionalismo moderno, tendo Luis Roberto Barroso (2009, p.38), ao tratar de sua importância, afirmado:

A primeira Constituição escrita do mundo moderno passou a ser o marco simbólico da conclusão da Revolução Americana em seu tríplice conteúdo: a) independência das colônias; b) superação do modelo monárquico; c) implantação de um governo constitucional, fundado na separação dos poderes, na igualdade e na supremacia da lei (*rule of law*) para acomodar a necessidade de criação de um governo central com o desejo de autonomia dos Estados – conservaram os seus próprios Poderes e amplas competências – concebeu-se uma nova forma de organização do Estado, a Federação, que permitiu a convivência dos dois níveis de poder, federal e estadual.

Assim, ao adotar uma Constituição escrita e formal⁵⁴, os Estados Unidos da América acabam se distanciando do modelo inglês⁵⁵, fundando um sistema jurídico no qual o controle de legitimidade da lei não tem mais como referência a *Common Law*, mas adota-se como

Estados Unidos, orgulhosos de seus antepassados que repudiaram o jugo colonial e dos imigrantes, de múltiplas raças, que vieram a procurar neste país uma nova pátria, voltam deliberadamente as costas às tradições muito antigas. A Inglaterra é uma monarquia e seu regime político é do tipo parlamentarista; os Estados Unidos são república e possuem um regime presidencial. A Inglaterra sempre foi uma nação unitária, muito centralizada no que respeita à administração da justiça; os Estados Unidos são um Estado Federal, no qual há necessidade de conciliar interesses nacionais e particularismos dos Estados. A sua população, diferente pelo seu número, é igualmente diferente pela sua composição étnica, a sua filiação religiosa, o seu nível de vida, as suas aspirações e os seus sentimentos. O *American way of life* não constitui nem a realidade, nem o ideal dos ingleses; a educação americana é diferente da educação inglesa; a própria língua americana tende a se dissociar da língua inglesa”.

⁵³ Sobre o direito americano, importante destacar que o ordenamento jurídico estadunidense se encontra dividido em direito federal, aplicável em todo o território e em direito estadual, aplicável em determinada unidade federativa, motivo pelo qual cumpre destacar que para fins desta pesquisa tomar-se-á como base a jurisdição federal, que, no geral, integra a tradição de direito da *Common Law*.

⁵⁴ Ao versar sobre a diferenciação entre a Constituição inglesa e a Carta Americana, Barboza (2014, p. 58) afirma: “Diferentemente da Constituição britânica em que nada era visível ou real, a Constituição americana era certa e determinada, delineada pelas mãos fortes do povo, o trabalho ou desejo de uma população atuando em sua capacidade original, soberana e ilimitada. Este desejo não se deu apenas na esperança da certeza e previsibilidade de que o documento escrito poderia fornecer, mas também na ideia de que este instrumento era produto de um ato político coletivo e consciente, um acordo formado por meio de deliberação, amadurecido e adotado de forma solene pelo desejo do povo. Como as leis escritas de modo geral, o direito constitucional escrito manifestava o potencial criativo da humanidade e as aspirações da modernidade.”.

⁵⁵ Luiz Guilherme Marinoni (2013a, p. 42-43) ao discorrer sobre a formação do sistema jurídico norte-americano enfatiza um movimento de continuidade do modelo adotado na Inglaterra, vez que a ideia de Supremacia do Parlamento serviu como semente para a formação do *judicial review* estadunidense, afirmando: “Com o controle da legislação da colônia, surgem as sementes do *judicial review*. Quer isso dizer que, no momento em que o princípio da supremacia do parlamento é transportado para a colônia, surge o controle judicial dos seus atos, e, dessa forma, o broto do princípio da supremacia do judiciário. Neste sentido, o princípio inglês da supremacia do parlamento, em vez de obstaculizar, na realidade colaborou para a solidificação do controle judicial da constitucionalidade das leis nos Estados Unidos”.

parâmetro para aferir a legitimidade do texto legal a Constituição norte-americana, ou seja, submete-se o Legislativo aos princípios fundamentais insculpidos na *higher law*.

A criação de uma Constituição como parâmetro para o aferimento da legitimidade do texto legal encontra fundamento no processo revolucionário americano, que, diferentemente da força motriz da Revolução Francesa, não buscava colocar abaixo o antigo regime⁵⁶, mas sim conferir ao povo o direito à soberania política e às decisões fundamentais, bem como, e principalmente, fixar de maneira estável os conteúdos da norma constitucional, para opô-la ao possível arbítrio do legislador ou do próprio poder constituinte (FIORAVANTI, 2003, p. 91).

Desta forma, segundo Shapiro (1995, p. 43), “the revolution was not expressed as an assault on the existing system of law and courts but as an assertion of the legal constitutional rights of Englishmen against an overbearing Parliament”.

Para tanto, coube ao Judiciário a tarefa de determinar se certo texto legal condizia com os princípios constitucionais, extirpando determinado regramento do ordenamento jurídico quando notório o conflito entre norma legal e constitucional.

Neste viés, Alexis Tocqueville (2010, p. 97), ao descrever a Democracia na América, afirma que o Judiciário estadunidense, além de resguardar os três caracteres deste poder, que são: “pronunciar-se quando há um litígio; jamais se ocupa[r] senão de casos particulares; e, para agir, sempre precisa esperar embargo”, é dotado de imenso poder político, vez que se deu ao Judiciário a prerrogativa de fundamentar suas decisões na Constituição, antes do que nas leis, ou seja, tornou-se possível não aplicar leis que aos olhos dos magistrados fossem tidas como inconstitucionais, tendo o autor francês explicado tal poder político e a supremacia do texto constitucional nas seguintes palavras:

Ali [Estados Unidos da América], a Constituição domina os legisladores assim como os simples cidadãos. É, pois, a primeira das leis e não poderia ser modificada por uma lei. É justo, pois, que os tribunais obedeçam à Constituição, de preferência a todas as leis. Isso nos traz a própria essência do poder judiciário: escolher entre as disposições legais àquelas que mais estreitamente o detêm, é de certa forma, o direito natural do magistrado.

[...]

O poder atribuído aos tribunais americanos de pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade das leis forma ainda uma das barreiras mais poderosas

⁵⁶ Sobre a diferença havida entre os motivos que levaram à Revolução Francesa e à Revolução Americana, Fioravanti (2003, p. 79) afirma: “Todo esto no sirve para la revolución americana, que no tenía que destruir ningún orden estamental; no tenía que afirmar el dominio de la ley general e abstracta sobre las viejas fuentes del derecho; no tenía que codificar – aspecto nada irrelevante – um moderno derecho privado fundado sobre el sujeto único de derecho contra el viejo derecho común, como sucedia em Europa; no tenía, em fin que destruir una práctica precedente de representación de tipo corporativo. Así, pues, aunque se admita que los derechos individuales afirmado por los textos constitucionales de las dos revoluciones sean los mismos, ló que resulta cierto es que el objetivo polémico contra el cual son proclamados es totalmente distinto; y, en concreto, em la revolución americana tal objetivo no viene dado por ningún sistema de antiguo régimen”.

que jamais se elevaram contra a tirania das assembleias políticas” (TOCQUEVILLE. 2010, pp. 98-99).

O sistema jurídico forjado nos Estados Unidos da América encontrar-se baseado em dois principais pilares: i) a doutrina do respeito ao precedente e ii) a doutrina dos direitos humanos; viu-se chamado a decidir sobre a validade e vigência dos textos produzidos pelo Legislativo, vez que, como denota-se do trecho do julgamento do Juiz Marshall (1803) no famoso caso *Marbury v. Madison*⁵⁷ abaixo transcrito, a *Constituição é superior a qualquer ato legislativo* e portanto deve prevalecer em eventual conflito de normas.

[...] emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is [...] If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each..

So if a law be in opposition to the constitution; if both the law and constitution apply to a particular case, so the law, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty.

If then, the courts are regard the constitution, and the constitution is superior to any ordinary act of legislature, the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply. (MARSHALL. 1803).

Diferentemente do modelo adotado no velho continente, seja na França, seja na Inglaterra, o Poder Judiciário norte-americano é chamado a dizer o que a lei é, abarcando o poder de declará-la nula quando observar conflito com o Texto maior⁵⁸, pois, conforme o federalista Hamilton (2005, p. 471-472), “a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre a de seus agentes”.

Dessa forma, o *rule of law* norte americano vai se basear em dois princípios: i) na fragmentação do poder, que se atenta ao fato destes não serem totalmente estanques, sendo necessário o acréscimo de uma mecanismo de *checks and balances* e; i) no individualismo

⁵⁷ Em que pese o destaque dado à decisão proferida pelo *Chief of Justice* John Marshall no caso *Marbury v. Madison*, esta se deu devido a um longo processo de amadurecimento da ideia de que a lei deveria estar de acordo com o texto constitucional, sendo este um processo iniciado no próprio regime das cartas coloniais e do controle das leis coloniais, vez que estas eram consideradas nulas caso contrariassem o teor daquelas. Nesse sentido, Mauro Cappelletti (1984, p. 62) afirma: “Com efeito, quando em 1776 as Colônias inglesas da América proclamaram a independência da Inglaterra, um de seus primeiros atos de independência foi o de substituir velhas “Cartas” por novas Constituições, entendidas como as *Leis Fundamentais* dos novos Estados independentes. E como, no passado, nulas e não aplicáveis tinham sido consideradas pelos juízes as leis contrárias às “Cartas” coloniais e às “leis do Reino”, assim não é correto admirar-se de que a mesma nulidade e não aplicabilidade devesse, depois, ser afirmada, e com bem maior razão, para as leis contrárias às novas e vitoriosas Cartas constitucionais dos Estados independentes. Grant oportunamente recorda alguns dentre os primeiríssimos precedentes em tal sentido: o caso *Holmes contra Walton*, decidido em 1780 pela Corte Suprema de New Jersey, e o caso *Commonwealth contra Caton*, decidido em 1782 pela Corte da Virgínia”.

⁵⁸ Sobre o poder conferido ao Poder Judiciário estadunidense, declaração de inconstitucionalidade de texto legislativo, advém dos próprios princípios que regeram a Revolução Americana, que diferentemente do contexto francês do final do século XVIII, não via qualquer antigo regime a ser destituído, nem mesmo olhava com desconfiança seus magistrados; os quais foram vistos como garantes do afastamento de decisões tomadas por eventuais maiorias conjunturais. (ZAFFARONI. 1995, p. 39).

como base de seu constitucionalismo, o qual é definido por Zaffaroni (1995, p. 37) da seguinte forma:

Do ponto de vista personalista, as agências executivas e legislativas também definem as relações entre o Estado e as pessoas, mas dentro dos limites que lhes são impõe uma Constituição. Certamente que o judiciário presta o serviço de resolver conflitos entre as pessoas, mas também presta outro serviço, que consiste em controlar que, nessas relações normatizadas entre o Estado e as pessoas, o primeiro respeite as regras constitucionais, particularmente quanto aos limites impostos pelo respeito à dignidade da pessoa humana.

A partir de uma visão de Direito e Estado personalista, bem como pelo fracionamento do Poder somados à existência de um sistema de freios e contrapesos entre os poderes, o Judiciário estadunidense é moldado como um aliado ao desenvolvimento do Direito, pronunciando-se sobre o texto legal e podendo, inclusive, negar sua vigência no caso de confronto com a Constituição norte-americana.

Entretanto, mesmo face à sua competência para afastar a aplicação de texto legal que esteja em contradição com a Carta Maior, tal fato não deve ser encarado como se o Judiciário estivesse acima do Legislativo, o que será melhor explanado abaixo.

A inexistência da supremacia do Judiciário no modelo norte-americano deve-se justamente ao fato deste apoiar-se na necessária fragmentação dos poderes⁵⁹ e à existência de controles recíprocos, vez que, como enxergavam os federalistas, a falta de qualquer tipo de fiscalização sobre os poderes os levaria a cometer abusos e arbitrariedades; tendo Madison (1788) afirmado no fascículo 47 do Federalista, que a total independência dos poderes poderia ser tão prejudicial quanto a sua união⁶⁰, motivo pelo qual importante se fazia a imposição de

⁵⁹ No que tange a separação dos poderes e a repartição de competências nos Estados Unidos da América, destaca-se que além de uma separação horizontal dos poderes, houve também, ao adotar-se o modelo federativo de estado, a divisão vertical do poder (BARBOZA. 2014, p. 63).

⁶⁰ "From these facts, by which Montesquieu was guided, it may clearly be inferred that, in saying "There can be no liberty where the legislative and executive powers are united in the same person, or body of magistrates," or, "if the power of judging be not separated from the legislative and executive powers," he did not mean that these departments ought to have no partial agency in, or no control over, the acts of each other. His meaning, as his own words import, and still more conclusively as illustrated by the example in his eye, can amount to no more than this, that where the whole power of one department is exercised by the same hands which possess the whole power of another department, the fundamental principles of a free constitution are subverted. This would have been the case in the constitution examined by him, if the king, who is the sole executive magistrate, had possessed also the complete legislative power, or the supreme administration of justice; or if the entire legislative body had possessed the supreme judiciary, or the supreme executive authority. This, however, is not among the vices of that constitution. The magistrate in whom the whole executive power resides cannot of himself make a law, though he can put a negative on every law; nor administer justice in person, though he has the appointment of those who do administer it. The judges can exercise no executive prerogative, though they are shoots from the executive stock; nor any legislative function, though they may be advised with by the legislative councils. The entire legislature can perform no judiciary act, though by the joint act of two of its branches the judges may be removed from their offices, and though one of its branches is possessed of the judicial power in the last resort. The entire legislature, again, can exercise no executive prerogative, though one of its branches

freios e contrapesos⁶¹ aptos a impedir a afirmação de que o Judiciário encontra-se acima dos demais, pois sua atuação acaba sendo limitada pelos demais poderes.

Em frente a tais peculiaridades, a *Common Law* norte-americana se distancia do modelo puro inglês, vez que se viu adotado, no novo mundo, de uma constituição rígida, um Estado organizado na forma federativa, um governo presidencialista e com expressa separação dos poderes.

Nesse sentido, ao tratar da *Common Law* norte-americana e sua perpetuação, Guido Fernando Silva Soares (1999, p. 41) apresenta, apoiado em Allan Farnsworth, os motivos do sucesso de tal modelo da seguinte forma:

O professor Allan Farnsworth aponta as razões da vitalidade da *Common Law* nos EUA, que no fundo são qualidade do sistema: 1ª) *equality* (possibilidade de que, em futuros casos iguais ou semelhantes aos julgados, a solução tenderá ser a mesma); 2ª) *predictability* (ao julgados da mesma maneira, o que permite ao advogado, em particular ao consultor, melhor aconselhamento de seus clientes na prevenção de futuros pleitos); 3ª) *economy* (o que denominamos economia processual, uma vez que já há *issues* decididos, as matérias novas serão resolvidas com mais rapidez); 4ª) *respect* (soluções que dão grande responsabilidade, pela sua força suasória, ao próprio Poder Judiciário).

Demonstrados os principais elementos que levaram a formação do sistema jurídico norte-americano e os elementos que permitiram seu assentamento no novo continente, destacando-se a possibilidade de este afastar a aplicação de texto legal devidamente formulado pelo Parlamento quando notar confronto com a Constituição, passa-se a discorrer sobre o papel e a sistemática de aplicação do precedente na *Common Law* americana.

A doutrina do precedente nos Estados Unidos da América fundou-se na ideia de que as decisões judiciais têm força de lei, motivo pelo qual não devem ser respeitadas unicamente por aqueles que figuraram em determinado processo, mas também pelo Estado, particulares, advogados e pelos próprios órgãos do judiciário.

A utilização do instituto do precedente no novo continente deu-se de forma prática, como uma verdadeira tradição, sem grandes dilações doutrinárias, pois se entende ser importante seguir os precedentes para a manutenção da higidez do sistema, o que se dá por meio de decisões consistentes e estáveis, afastando-se assim um pretenso estado de caos, legitimando o Judiciário como órgão de decisões impessoais e fundamentadas.

constitutes the supreme executive magistracy, and another, on the impeachment of a third, can try and condemn all the subordinate officers in the executive department.” (MADISON, 1788).

⁶¹ Para informações sobre o sistema de freios e contrapesos adotados pela Constituição americana, consultar tabela disponível em: FINE. 2011, p. 17-18.

Nesta linha, ao versar sobre precedentes como “meio de interpretação” da Suprema Corte, Baum (1985, p. 191-192) afirma:

Os precedentes são importantes, acima de tudo, porque uma doutrina básica do Direito é *stare decisis* (“mantenha-se a decisão”, jurisprudência), de acordo com a qual um tribunal está preso a seus próprios precedentes e àqueles dos tribunais superiores a ele na hierarquia judiciária. Espera-se que os juízes, em geral, sigam as interpretações das constituições e das leis que já foram estabelecidas em outros casos. À parte a doutrina legal, os precedentes têm um valor prático. O seguimento do precedente permite que um juiz se baseie na prática anterior em vez de seguir direções novas e talvez perigosas em interpretação jurídica. De um modo mais geral, isto facilita a tarefa da tomada de decisões.

Ainda sobre a aplicação dos precedentes no modelo norte americano, há de se destacar que dada a adoção da forma federalista de Estado e a ampla autonomia conferida as unidades federadas, coexistem nos Estados Unidos da América cortes judiciárias paralelas, com regramentos distintos, o que gerou a formação de *cases laws* próprios de cada tribunal, limitados às suas competências jurisdicionais.

Interessante se dá a relação havida entre as Cortes Estaduais e Federais, e a convivência de *cases laws* diferentes nas diversas esferas judiciárias, tendo sido a Suprema Corte Americana chamada a decidir tal relação no caso *Swift v. Tyson*; no qual se determinou que casos julgados por cortes federais, devido à *diversity jurisdiction*, ou seja, encaminhados a Justiça Federal pelo fato de ultrapassarem o valor de US\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil dólares americanos), deveria o órgão julgador aplicar os estatutos e leis estaduais; todavia, não estariam vinculados aos precedentes da corte daquele estado, permitindo assim que a jurisdição federal criasse seus próprios precedentes.

Entretanto, tal entendimento fora posteriormente denegado pela própria Suprema Corte, quando da decisão tirada no caso *Erie Railroad v. Tompkins*, a qual afastou a existência de um *case law* federal, determinando que fossem seguidos os precedentes estaduais, exceto quando a matéria em litígio se baseasse em competências legislativas ou interesses federais.

Sobre a *Common Law* americana e sua peculiaridade face à convivência de jurisdições estaduais e federal, Roland Sèroussei (2001, p. 91) afirma:

Mas então, qual é o lugar ocupado nos Estados Unidos pela *common law*? É esta comum a todos os Estados, e por conseguinte, aplicável em todos os lugares sem nenhuma restrição? A essas duas perguntas lancinantes e cujo alcance é fundamental num Estado em que os níveis de decisões são tantos, o *leading case* é o caso *Erie Rail Road Company v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938). Nessa sentença de princípio, é afirmada com vigor a unidade fundamental da *common law* norte-americana. Procurando, entretanto, um princípio de identidade judiciária partilhado pelos cinquenta Estados. A Suprema Corte dos Estados Unidos declarou que não existe *common law*

geral (federal) válida em todos os Estados, (*there is no federal general common law*).

Demonstrada a formação do Judiciário americano e sua diferença em face do modelo adotado na França pós 1789, vejamos quais prerrogativas e competências foram conferidas à sua Corte de vértice, aquela, que nas palavras de Tocqueville (2010, p. 125), “está situada em posição mais elevada que qualquer tribunal conhecido, quer pela natureza de seus direitos, quer pela espécie de seus justicáveis”⁶².

4.2.1 – A Suprema Corte Norte-Americana

A Constituição Americana explicitamente criou a Suprema Corte Americana em seu artigo III⁶³, todavia, diferentemente da forma como tratou o Congresso e Presidência, a Lei Maior não versou de forma pormenorizada sobre suas funções: tendo se limitado a estabelecer sua competência básica a forma de nomeação de seus juízes, quedando-se silente quanto a sua posição perante o governo e o possível papel a ser desempenhado na elaboração de políticas.

Dado o caráter lacunoso do artigo III da Constituição Americana, o Presidente George Washington sancionou, em 24 de setembro de 1789, aquele que veio a ser, anos depois, considerado o mais importante e mais satisfatório ato passado pelo Congresso, o denominado *Judiciary Act*, tendo sido nomeado para o cargo de *Chief of Justice* o federalista John Jay, iniciando a Corte suas atividades em 2 de fevereiro de 1790, em Nova York.

O referido ato apoiou-se na competência constitucional da Corte para assegurar-lhe amplos poderes, tendo sido conferido ao Tribunal Supremo poder para julgar casos advindos de tribunais federais e estaduais de instâncias inferiores; bem como ditar ações dos juízes federais e outras autoridades federais (BAUM. 1985, p. 37).

Contudo, no momento da sua instalação não havia ainda uma clara consciência da importância de tal ato⁶⁴, ou seja, da efetiva instalação do terceiro departamento daquela jovem

⁶² Sobre a importância da Suprema Corte Americana, Lawrence Baum (1985, p. 11) afirma: “Este interesse [popular] não deve surpreender, à luz do papel fundamental que a Corte desempenha através de suas decisões. A Corte Suprema ajuda a resolver muitas das questões mais importantes e mais controversas nos Estados Unidos e, ao fazer isto, molda a política do Governo em áreas tão diversas como os direitos civis e a proteção ao meio ambiente”.

⁶³ A seção 1 do Artigo III da Constituição americana afirma: “O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso. Os juízes, tanto da Suprema Corte como dos tribunais inferiores, conservarão seus cargos enquanto bem servirem, e perceberão por seus serviços uma remuneração que não poderá ser diminuída durante a permanência no cargo.”

⁶⁴ Ao referir-se sobre a falta de consciência quanto à importância da instalação da Suprema Corte nos Estados Unidos América, McClonskey (1992, p. 2) disserta sobre a posição dos juízes chamados a compor o tribunal,

república (MCCLONSKEY. 1992, p. 2), pairando ainda uma grande dúvida sobre como a Corte atuaria com tamanhos poderes, sendo que tal incerteza se baseava no fato de ainda não ser claro o alcance das prerrogativas conferidas ao Tribunal.

Nesse sentido, sob a presidência de John Jay e John Rutledge, a Corte teve o que Baum (1985, p. 37) denominou de um *início lento*, julgando, em sua primeira década, aproximadamente 50 casos.

A mudança de paradigmas e fortalecimento das competências do Tribunal ocorreu no período em que a Corte foi comandada por John Marshall (1801 – 1835), quando se viu elevada sua posição de Poder do Estado, sendo o grande marco deste momento a já citada decisão prolatada em 1803 no caso *Marbury v. Madison*, pelo qual se declarou inconstitucional lei federal, dando assim uma nova justificação para a supremacia da Corte.

A partir da metade do Século XIX até as modificações introduzidas pelo *Judicatory Act* de 1937, a Suprema Corte, respaldada na posição política consolidada por John Marshall, atuou de forma livre na construção da Constituição, preenchendo lacunas e adaptando-a às mudanças econômicas e sociais.

Segundo Aliomar Baleeiro (1968, p. 33), no período denominado *governo dos juízes* ou *oligarquia do judiciário*, os *Justices* atuavam como se fossem uma terceira Câmara do Congresso, entrando no mérito da política legislativa; fato este que se viu amenizado somente em 1.937, quando se buscou afastar a excessiva intervenção da Corte em assuntos estritamente políticos.

No que tange ao prestígio que a Suprema Corte Americana carrega hoje, sua afirmação vem de uma longa história, a qual é marcada, em seu começo, não pela defesa das minorias, mas sim pelo amparo aos interesses de classes mais abastadas, contrariados por maiores legislativas populares. Sobre o início de suas atividades, Martin Shapiro (1993, p. 447) afirma:

La historia de la Corte Suprema de los Estados Unidos no es de una continua defensa de los derechos constitucionales de las minorías y de los desvalidos. Su historia real es más compleja. Durante sus primeros cien años la Corte ni siquiera tuvo mucha oportunidad de actuar en casos de derechos. Seguió luego un período de más de cuarenta años en que su actuación fue para proteger los derechos de los ricos y poderosos contra las mayorías legislativas populares. Fue durante estos cuarenta años que la Corte acumuló el apoyo político y el sentido de legitimidad del control de constitucionalidad judicial del que depende su

afirmando: “Only four of the six men Washington had chosen to adorn the Supreme Court turned up for that first official meeting. Robert H. Harrison declined appointment, apparently because he thought his judicial post as chancellor of Maryland was more important; and John Rutledge, though officially a member of the court in its three terms, never attended a session and soon resigned to accept the chief of justiceship of South Carolina”

exitoso ejercicio. En resumen, la Corte ganó apoyo efectivo en la forma que es habitualmente la más fácil para las entidades gubernamentales: *defendiendo los intereses de los poderosos, no los de los indefensos*. Em 1937, en el contexto de los arrolladores cambios políticos del Nuevo Trato, la Corte Suprema se la arregló para transferir el apoyo que había acumulado defendiendo a los poderosos a su nueva agenda de defensa de los desvalidos.

Desta forma, a força e importância da Suprema Corte no modelo americano de Estado, deriva, segundo McCloskey (1992, p. 9), de dois princípios que são caros aos americanos, o primeiro deles que reside na soberania popular, ou seja, a vontade do povo; e o segundo nos direitos fundamentais, os quais pressupõem limitação da vontade, encontrando-se fundidos tais princípios no texto constitucional. Sobre a Constituição americana e o poder dado à Suprema Corte, McCloskey (1992, p. 9) afirma:

The United States began its history, then, with a Constitution that posed more questions than it answered and with a Supreme Court whose birthright was most uncertain. The temper of the times and the deep-seated inclinations of the American political character favored the future of both these institutions and at the same time prescribed their limits and helped determine their nature. American devotion to the principle of fundamental law gave the Constitution its odor of sanctity, and the American bent for evading contradictions by assigning values to separate compartments allowed the Supreme Court to assume the priestly mantle.

Narrado o poder conferido ao Judiciário Americano, notadamente sua competência para fundamentar suas decisões diretamente no texto constitucional, o que permite afastar atos do Legislativo que estejam em confronto com a Constituição, passa-se a demonstrar onde se encontra a Suprema Corte na estrutura judiciária americana e suas competências.

É impreciso falar de um único sistema de tribunais nos Estados Unidos, vez que há uma clara divisão entre cortes estaduais e federais, que constituem estruturas independentes e paralelas, cabendo a estas apreciar e julgar casos específicos, como aqueles que tenham como base leis federais e a própria Constituição; casos nos quais o governo norte-americano é parte; feitos envolvendo cidadãos de diferentes estados em que o valor discutido ultrapasse o montante de US\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil dólares americanos); cabendo, por outro lado, à jurisdição estadual a competência residual, motivo pelo qual processa e julga um número de casos muito maior que aqueles que tramitam na justiça federal.

Acima dos sistemas federal e estadual de cortes, encontra-se o da Suprema Corte Americana, composta por 9 *Justices*, os quais participam de todos os casos que venham a ser examinados pela Corte, exceto quando se declararem impedidos, a fim de afastar um possível conflito de interesses.

Sobre o número reduzido de juízes da Suprema Corte Americana e o desempenho de sua função como Corte de Precedente, o que será abaixo analisado, Michele Taruffo (2009, p.

97) afirma: “en esencia: pocos jueces que decidan pocos casos están en capacidad de producir una jurisprudencia coherente, susceptible de ser conocida y, sobre todo, con autoridad de influenciar – en el sentido de una razonable uniformidad – la jurisprudencia posterior”.

No que tange à jurisdição do tribunal de vértice norte-americano, esta se encontra dividida em competência originária e recursal, sendo a última, por sua vez, subdivida em jurisdição recursal obrigatória e discricionária, ou jurisdição a *certiorari*.

A competência originária da Corte Suprema é diminuta em face do volume de casos que aportam no tribunal em caráter recursal, sendo que a obrigatoriedade de apreciação de casos ao atuar como primeira instância restringe-se a feitos envolvendo estados, embaixadores, ministros ou cônsules (FINE. 2011, p. 37).

Já a jurisdição recursal obrigatória da Suprema Corte Americana ocorre a partir de quatro principais situações, a saber: i) casos nos quais um tribunal federal ou a Corte Suprema Estadual declarou inconstitucional ato legislativo do Congresso; ii) casos nos quais tribunal estadual não declarou inconstitucionalidade de lei estadual que supostamente atacava o teor de lei federal ou da Constituição; iii) casos em que tribunal federal revogou lei estadual baseado em possível conflito com lei federal ou com a Constituição; e iv) decisões de tribunais federais estaduais de três juízes (BAUM. 1985, p. 27).

Em que pese o elenco das competências recursais obrigatórias acima apontados, a vasta maioria dos casos que aportam na Suprema Corte Americana são relativas à sua jurisdição discricionária, por meio de uma “petição de um *writ a certiorari*” (FINE. 2011, p. 37), que é submetida pela parte prejudicada por decisão inferior, buscando a revisão daquele julgado, sendo aceito e processado o recurso, somente nos casos em que 4 dos 9 *Justices* acatem o *writ*.

Ao ser interposto um recurso de caráter facultativo perante Suprema Corte, esta pode se manifestar de três formas distintas: i) negar completamente a apreciação do caso, o que ocorre com a grande maioria dos feitos; ii) aceitar o caso para apreciação completa e; iii) aceitar o caso sem dar-lhe tratamento completo, sendo estas as situações nas quais se entende não ser necessária uma completa argumentação, seja pelo fato da corte já ter se pronunciado sobre o tema, seja por se tratar de questões consideradas menores (BAUM. 1985, p. 139).

Ao explicar a sistemática do Judiciário norte-americano e ao tratar da competência recursal da Suprema Corte, que pode, ao determinar o recebimento de um dado apelo, manifestar-se de forma completa ou apenas recebê-lo *per curiam*, Guido Fernando Silva Soares (1999, p. 92) assim os conceitua:

O *writ of certiorari*, em algo semelhante ao nosso recurso extraordinário, é decidido, em julgamento, em duas espécies de exame, por votos de quatro *Justices*:

1º) *per curiam* (julgamento sobre o recebimento do recurso ou não recebimento, *granted* ou *denied*) que são dados sem fundamentação, em função das *judicial policies*, deliberações de política judiciária, pois, inexistindo *statute grounds* (fundamentos de direito escrito) para justificá-las, são de pertinência dos poderes do *judge-made law*, ou seja, do *case law*;

2º) *on the merits*, em que há o voto do relator (*vote*), os votos concorrentes, (*concurring opinions*) e os votos vencidos (*dissenting opinions*), com os resultados, em relação à decisão recorrida: *affirmed*, ou *reversed* ou *reversed and remanded* (essa última decisão, com ordem para o tribunal “a quo” reformar sua decisão, em função da definição dada a norma jurídica *sub specie*).

Já sobre a aceitação ou não de casos de jurisdição recursal facultativa encaminhados à corte e a discricionariedade dada aos juízes para recebê-las ou negá-las seguimento, importante elemento para se discutir a função e natureza da Suprema Corte Americana, Fine (2011, p. 38) afirma:

A corte aceita submeter à sua apreciação casos de interesse nacional, com objetivo de uniformização nacional da questão. Ela recebe cerca de 8 mil pedidos de *writ a certiorari* por exercício (que inicia no começo de outubro e termina no final de junho ou no início de julho subsequente), mas apenas 100, aproximadamente, são concedidos. Quando a corte rejeita a concessão de um *writ*, não justifica a sua decisão. Ainda, a negativa de concessão de um *writ a certiorari* não pode ser considerada precedente de uma análise da questão legal.

Todavia, importante destacar que a Suprema Corte, a fim de legitimar as decisões que negam seguimento aos pedidos de revisão facultativos, editou sua *Rule 10*⁶⁵, na qual elenca as condições sob as quais o Tribunal apreciará determinado caso, deixando claro que o *writ of certiorari* não se trata de matéria de direito, mas de discricionariedade judicial.

Em referida norma interna da Suprema Corte, aponta-se, para o recebimento das cartas requisitórias, entre outros, os seguintes elementos: existência de questões jurídicas consideradas importantes, sobre as quais ainda não houve pronunciamento; conflitos entre

⁶⁵ “Rule 10. Considerations Governing Review on Certiorari Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion. A petition for a writ of certiorari will be granted only for compelling reasons. The following, although neither controlling nor fully measuring the Court’s discretion, indicate the character of the reasons the Court considers: (a) a United States court of appeals has entered a decision in conflict with the decision of another United States court of appeals on the same important matter; has decided an important federal question in a way that conflicts with a decision by a state court of last resort; or has so far departed from the accepted and usual course of judicial proceedings, or sanctioned such a departure by a lower court, as to call for an exercise of this Court’s supervisory power; (b) a state court of last resort has decided an important federal question in a way that conflicts with the decision of another state court of last resort or of a United States court of appeals; (c) a state court or a United States court of appeals has decided an important question of federal law that has not been, but should be, settled by this Court, or has decided an important federal question in a way that conflicts with relevant decisions of this Court. A petition for a writ of certiorari is rarely granted when the asserted error consists of erroneous factual findings or the misapplication of a properly stated rule of law.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 2013, pp. 5-6)

cortes de apelação sobre determinado assunto; conflito entre decisão de corte inferior e decisão proferida pela Suprema Corte; não cumprimento do devido processo legal, entre outros.

Dentre os critérios trazidos na *Rule 10*, merece atenção a questão do aferimento da importância da questão trazida no *writ of certiorari*, tendo Baum (1985, p. 152), ao tratar sobre o tema, afirmado ser razoável dar-se ênfase a questões importantes, vez que este seria o meio mais eficaz da Corte aumentar o impacto de suas decisões, dado o fato de debruçar-se sobre questões que envolvem um grande número de pessoas, tendo como pano de fundo questões políticas significativas, além de ser meio hábil a eliminar da pauta de julgamento a grande maioria dos casos que chegam à Corte.

Assim, ainda segundo Baum (1985, p. 153), podem os juízes denegar seguimento aos recursos facultativos que aportam a Suprema Corte por diversos motivos, incluindo o fato de entenderem que a decisão do Juízo recorrido encontrar-se bem fundamentada, até o fato de ser da vontade da Corte retardar o tratamento de questões consideradas difíceis; afirmando que raramente o Tribunal será surpreendido por casos tão importantes que não possa furtar-se a apreciá-los.⁶⁶

Ainda sobre o *certiorari* e sua função limitadora de acesso à Suprema Corte, a análise econômica do instituto aponta maiores vantagens do que desvantagens quando de sua adoção, concluindo que é economicamente justificável sua instituição, vez que, segundo Maria Ângela Jardim de Santa Cruz Oliveira e Nuno Garoupa (2013, p. 196) o instituto traz consigo os seguintes elementos favoráveis: i) possibilidade do tribunal se concentrar em casos mais relevantes; ii) redução da litigância sem fundamentos robustos, o que diminui os gastos de recursos públicos e; iii) promoção da celeridade na prestação jurisdicional.

Doutra banda, o *certiorari* também carrega consigo pontos negativos, tais como: i) perpetuação de alguns erros de direito cometidos pela Corte, vez que não se reflete suficientemente sobre o tema quando da análise de sua admissibilidade; ii) aumento da atuação de grupos de pressão com intuito de persuadirem a Corte a deferir o *certiorari* e; iii) desenvolvimento de um comportamento estratégico de juízes na seleção dos casos a serem julgados, privilegiando suas preferências e afastando-se de situações difíceis (OLIVEIRA; GAROUPA. 2013, p. 197).

⁶⁶ Baum (1985, p. 153) aponta como exemplo de caso que a Suprema Corte não pode deixar de apreciar foi o feito relativo ao dever do Presidente Nixon em entregar ou não fitas gravadas de suas conversas a um tribunal federal.

Assim, no modelo norte-americano de Suprema Corte, a utilização de filtros recursais é recorrente e constitui característica marcante do Tribunal, ficando claro o seu emprego quando se depara com o número de casos apreciados pela Corte, o qual se restringe a aproximadamente 80 dos mais de 7.000 *writ of certiorari* que lhe são encaminhados a cada ano⁶⁷, o que permite uma maior qualidade das decisões proferidas e o exercício da função primordial destas cortes, ou seja, a formação e administração de precedentes.

Dessa forma, o *writ of certiorari* permite que a Suprema Corte Americana se revista na qualidade de uma verdadeira Corte de Precedentes, definindo, a partir da decisão em um caso concreto, a *legalidade futura*, ou seja, a definição da correta interpretação e aplicação das normas para casos futuros, função esta definida por Michele Taruffo (2009, p. 94) nas seguintes palavras:

[...] estas cortes intepretan su función no solo en el sentido de que se trata de identificar la solución jurídicamente correcta de caso concreto, sino también – y sobre todo – en el sentido de proyectar tal solución sobre los futuros jueces de casos iguales o análogos. Desde este punto de vista, resulta evidente la función que llamaremos de uniformar la jurisprudencia: en efecto, si esta proyección hacia los casos futuros tiene éxito, la consecuencia es que se tendrá una jurisprudencia uniforme, fundada en la aplicación relativamente constante de los mismos criterios de decisión.

Ainda, das lições de Michele Taruffo (2009, pp. 95-96) depreende-se que o exercício de função de Corte de Precedentes pela Suprema Corte Americana, somente pode ser atingido devido ao fato desta ter ampla discricionariedade para escolha dos recursos que entende pertinente apreciar e julgar, ou seja, a existência de filtro recursal, que limita à ampla recorribilidade, característica das Cortes de Cassação, constitui elemento essencial ao desempenho da Corte, tendo afirmado:

La Suprema Corte Americana utiliza el llamado *certiorari* con plena e ilimitada discricionariedad, estableciendo cuáles son los casos que considera merecedores de estudio y decisión, y esta elección – positiva o , como resulta en la mayor parte de los casos, negativa – no se motiva nunca. Sin embargo, si se analizan las situaciones en las que la corte normalmente “decide decidir”, se ve que sigue criterios que tienen que ver justamente con la “administración del precedente”. Se trata, en efecto, de casos em los que: a) la corte considera necesario establecer cuál es la solución correcta de la cuestión de Derecho nueva (como, por ejemplo, la interpretación de una norma recién entrada en vigor), evitando incertidumbres y divergencias de opinión; b) la corte considera necesario resolver un conflicto de jurisprudencia surgido entre tribunales inferiores, y c) la corte pretende superar y arrinconar um viejo precedente, aunque se trate de uno establecido

⁶⁷ “The court receives approximately 7,000-8,000 petitions for writ of certiorari each Term. The Court grants and hears oral argument in about 80 cases. A petition seeking review of the final judgment by court of last resort below must be filed within 90 days of the entry of the judgment” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. 2016, pp. 15-16)

por la misma corte, y que por varias razones parece ya inadecuado, y para tanto resulta *overruled*, y procede a formular una nueva solución de la misma cuestión de Derecho. El *certiorari* es entonces instrumento del cual se sirve la corte para confirmar, aclarar ou modificar la interpretación de una cuestión, significa que la corte no quiere cambiar la orientación interpretativa preexistente; si se admite, significa que la corte pretende “decir lo suyo”, fijando un nuevo precedente”.

Dessa forma, como será demonstrado nos capítulos seguintes, a ausência de efetivos filtros recursais a serem impostos ao recebimento do Recurso Especial, eleva a carga de trabalho que recai sobre o STJ, que no período de 1989 a dezembro de 2012 julgou o total de 3.446.375 processos (GALOTTI. 2015, p. 662), fazendo com que sua atuação seja limitada a tutelar a legalidade, vez que inexistente fôlego para a formação de decisões que tenham como escopo a orientação da sociedade e dos demais órgãos do judiciário.

Demonstrada a sistemática do modelo judiciário adotado nos Estados Unidos da América, passa-se a análise do sistema judiciário brasileiro, traçando-se uma evolução das funções das Cortes no ordenamento constitucional pátrio.

5 – DAS CORTES BRASILEIRAS: FORMAÇÃO E EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Na breve história do Brasil independente, viram-se outorgadas e promulgadas 8 Constituições: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969⁶⁸ e 1988, sendo a última o marco da redemocratização, enterrando o regime militar autoritário que perdurou de 1964 a 1985.

A Carta de 1988, que trouxe em seu bojo a consolidação um grande rol de direitos fundamentais, conferiu ao Judiciário brasileiro a tarefa de dar efetividade às normas programáticas, constituindo-o, assim, como um organismo de duas faces, quais sejam: i) detentor de parcela do Poder do Estado; e ii) prestador de serviço público, na medida em que atua como órgão destinado a pacificação de conflitos e distribuição da justiça.

Sobre esta dupla função conferida ao Judiciário brasileiro pela Constituição de 1988, Maria Tereza Sadek (2004, p. 79) afirma:

O Judiciário brasileiro tem duas faces: uma, de poder de Estado e, outra, de instituição prestadora de serviços. O modelo de presidencialismo consagrado pela Constituição de 1988 conferiu ao Judiciário e aos seus integrantes capacidade de agirem politicamente, quer questionando, quer paralisando políticas e atos administrativos, aprovados pelos poderes Executivo e Legislativo, ou mesmo determinando medidas, independentemente da vontade expressa do Executivo e da maioria parlamentar. Por outro lado, a instituição possui atribuições de um serviço público encarregado da prestação jurisdicional, arbitrando conflitos, garantindo direitos.

Tais quais as demais Constituições promulgadas posteriormente aos regimes autoritários havidos no século XX, a Carta Cidadã de 1988 potencializa as características típicas do constitucionalismo moderno, não se valendo apenas como instrumento de contenção do poder do monarca, limitando-o ao império da lei e a garantir as liberdades individuais, para ir muito além, pautando-se em princípios democráticos e prevendo o alcance da justiça social, a promoção de direitos, trazendo em seu bojo valores de igualdade social, econômica e cultural; revestindo-se na qualidade de um verdadeiro texto programático.

⁶⁸ Deve-se ressaltar sobre a existência de grande discussão doutrinária acerca da natureza da Emenda Constitucional nº 1 de 1969 e se esta revogou ou não a Carta de 1967, tendo Bonavides e Andrade (1991, p. 444) assim se posicionado: “não há, pois, Constituição de 1969, mas de 1967, cujo sistema não foi alterado pela Emenda nº 1, embora esta tenha promovido algumas modificações em seu texto”. A discussão sobre o tema dá-se com base no fato de inexistir manifestação do Poder Constituinte originário. Contudo, dada a grande alteração no texto de 1967, muitos são os doutrinadores que afirmam que esta se reveste na qualidade novo texto constitucional.

Dadas as características da Carta de 1988, notadamente seu caráter programático e o vasto elenco de direitos fundamentais positivados, viu-se embaçada a relação entre Direito e Política, sendo o Judiciário chamado a dar contornos ao texto constitucional e legal.

Todavia, para que se possa delinear as funções e prerrogativas das Cortes de Cúpula brasileiras, tratar-se-á neste capítulo da formação do Judiciário no Brasil independente e sua evolução até o Estado Constitucional forjado pela Carta de 1988, delimitando, em consequência, a posição ocupada pelo Superior Tribunal de Justiça na organização judiciária pátria, vez que, conforme afirma André Ramos Tavares (2012, p. 34) “a cada nova Constituição o Poder Judiciário nacional tem experimentado mudanças estruturais, cujo sentido e alcance normalmente variam conforme o momento histórico vivenciado pelo país”.

5.1 – Do Judiciário na Constituição de 1824.

Para que se possa tratar do Poder Judiciário no Brasil independente, importante se faz uma breve análise da organização havida durante o período colonial e as mudanças que ocorreram com a transferência da corte portuguesa para o Brasil em 1808.

No período da vigência das Ordenações Filipinas na Colônia, o Judiciário era dividido em três instâncias: na primeira encontrava-se uma série de servidores, tais como juízes, corregedores, almotacés, alcaides, entre outros; na segunda, instalaram-se dois Tribunais de Relação, o primeiro no Rio de Janeiro e o segundo na Bahia; e, na terceira, havia os órgãos de cúpula, representados o Desembargo do Paço de Lisboa e as juntas das capitanias (SADEK. 2010a, p. 2).

A chegada da família real em 1808 trouxe diversas alterações ao cotidiano da Colônia, refletindo em intensas mudanças na organização do Judiciário, pois se equiparou o Tribunal de Relação do Rio de Janeiro, transformado em Supremo Tribunal de Justiça, à Casa de Suplicação de Lisboa, a qual passou a atuar como terceira instância e ter jurisdição sobre as ilhas da Madeira e Açores; criaram-se mais dois Tribunais de Relação, um no Maranhão e outro em Pernambuco, e foram instituídos ainda outros organismos, tornando-se complexa a organização daquele Poder.

Proclamada a independência em 1822, a instituição do Judiciário nacional teve como base a própria organização firmada com chegada da Corte Portuguesa em 1808.

Outorgada a Constituição do Império em 1824, o Poder Judicial, tratado como um dos quatros Poderes Políticos⁶⁹, veio descrito no artigo 151, o qual dispunha “O Poder Judicial é independente⁷⁰, e será composto de Juízes, e Jurados, os quais terão lugar assim no Cível como no Crime nos casos, e pelo modo, que os códigos determinarem” e que “os Jurados pronunciam sobre o fato, e os Juízes aplicam a Lei”.

Nesse sentido, a Justiça no período imperial restou organizada com a existência de juízes de paz, juízes municipais, estando o país dividido em 11 circunscrições, cada qual com seus respectivos órgãos de segunda instância: os tribunais de relação (SADEK. 2010a, p. 4).

A Constituição imperial manteve a existência do Supremo Tribunal de Justiça, composto por 17 juízes letrados, que veio a substituir a Casa de Suplicação do Brasil como órgão de cúpula do judiciário, disciplinando-o em seu artigo 163, que assim versava:

“Na Capital do Império, além da Relação que deve existir assim como nas demais províncias, haverá também um Supremo Tribunal de Justiça – composto por juízes letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o título do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste tribunal os ministros daqueles que se houvessem de abolir”.

Conferiu-se, assim, ao Supremo Tribunal de Justiça três competências básicas: i) concessão ou denegação de recurso máximo previsto, denominado revista; ii) conhecimento dos delitos e erros de ofício cometidos por seus Ministros, empregados do corpo diplomático e presidentes das províncias; e iii) julgamento de conflitos de jurisdição e competência das relações provinciais (MATHIAS. 2009, p. 143).

Sobre o Recurso de Revista, como apelo extremo destinado ao Supremo Tribunal de Justiça, destaca-se que poderia ser interposto em face de qualquer sentença definitiva prolatada por última instância, caso se notasse nulidade manifesta (inobservância de formalidade dita essencial) ou injustiça notória (violação ao direito). O julgamento da Revista pela Corte Suprema importava, tal qual no modelo de cassação francês, em uma decisão de natureza negativa, vez que, dada procedência ao apelo, ordenava-se a remessa do processo a

⁶⁹ Em consonância com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a Constituição de 1824 consagrou a separação dos poderes, tendo elencado quatro poderes políticos em seu artigo 10, que dispunha: “Os Poderes Políticos reconhecidos pela constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial”.

⁷⁰ Sobre a independência do Poder Judicial no período imperial, Maria Tereza Sadek (2010a, p. 3) afirma: “Embora a Carta de 1824 conferisse independência ao Poder Judiciário, tratava-se de uma independência bastante relativa, já que o mesmo texto constitucional dotava o imperador de amplos poderes, inclusive o de interferir no Judiciário e exercer controle sobre ele. A influência do Poder Moderador verificava-se não apenas na faculdade de nomear a justiça togada, mas principalmente em seu direito de suspender ou transferir juízes, previsto no artigo 153 e 154 da Constituição”.

um juízo diverso daquele que havido proferido a sentença, para que desse definitivo julgamento ao feito (MATHIAS. 2009, p. 144).

Assim, o modelo europeu continental de judiciário prevaleceu no período imperial brasileiro, devido a influência das próprias Ordenações portuguesas e também ao fato da elite intelectual e jurídica da jovem nação ter realizado seus estudos em Coimbra, o que levou a replicar organização que já lhe era familiar.

5.2 – Do Judiciário na Constituição de 1891.

A mudança de paradigmas no Judiciário brasileiro, principalmente no que tange à Corte de vértice do ordenamento jurídico, advém com da proclamação da República em 1889 e se consolida com a Constituição de 1891, que ratificou o sistema republicano e federativo temporariamente instituído pelo decreto provisório de 15 de novembro de 1889.

A primeira Constituição da República buscou referências na jovem nação estadunidense⁷¹, tendo importado, de certa forma, institutos lá sedimentados. Sobre tal influência, Rogério Bastos Arantes (1997, p. 69) afirma:

A passagem do Império para República, em 1889, operou profundas mudanças na organização política do país. A influência norte-americana com tripartição dos Poderes, presidencialismo e federalismo se fez sentir fortemente nesse período, graças principalmente à atuação de Rui Barbosa. Pode-se dizer, sem exagero, que sua defesa do modelo americano como eixo do debate constituinte e do embate com outras correntes políticas e de opinião é que resultou a primeira Constituição republicana.

Nesta linha, a adoção do modelo federativo de Estado, que se deu com inspiração norte-americana, levou a criação da Justiça Federal, proposta pelo então Ministro da Justiça Manuel Ferraz de Campos Salles, a qual foi duramente criticada; todavia aprovada sua instalação⁷².

⁷¹ Sobre as referências à Constituição Americana, Candido Rangel Dinamarco (2013, p. 57) disserta: “A história da República brasileira e de sua primeira Constituição mostra a grande influência que tiveram então as instituições políticas norte-americanas e a sua estrutura de exercício de poder. Temos Constituição escrita do modelo das Constituições rígidas, presentes os regimes presidencialista e sistema federativo; e, sobretudo, temos o controle de constitucionalidade das leis pelo próprio Poder Judiciário [...]”.

⁷² Quanto a instalação da Justiça Federal no Brasil, houve grande discussão sobre sua necessidade ou não, tendo sido amplamente afirmado que a existência de uma Justiça Estadual seria suficiente à jovem República; todavia, os argumentos de Campos Salles restaram vencedores deste embate, tendo sido instalada na República das Espadas e perdurado até a Constituição de 1934, meio pelo qual fora extinta, voltando a figurar na organização judiciária nacional somente em 1965, por força do Ato Institucional nº 02 (MATHIAS. 2009, pp. 223-224).

Formou-se assim uma estrutura judiciária baseada na existência de uma Justiça Estadual e uma Justiça Federal, sendo que naquela se notou a manutenção de Tribunais de Segunda Instância, enquanto nesta os recursos contra decisões de primeiro grau eram encaminhados diretamente ao Tribunal de Vértice⁷³.

Com o novo regime republicano, procedeu-se também importante alteração na Corte de vértice: extinguiu-se o Supremo Tribunal de Justiça e criou-se, por meio do decreto 848 de 11 de outubro de 1890, o Supremo Tribunal Federal, que iniciou suas atividades em 26 de fevereiro de 1891.

A composição do Supremo Tribunal Federal veio prevista no artigo 56 da Constituição, sendo formado por 15 juízes nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado, escolhidos entre cidadãos com notável saber⁷⁴, reputação ilibada e mais de 35 anos.

No que tange às suas competências e ao seu posicionamento na estrutura judiciária recém-criada, tem-se que o Supremo Tribunal Federal tinha um perfil tríplice, pois atuava como instância única nas matérias que lhe eram afeitas por competência originária; funcionava como tribunal de apelação para decisões proferidas em primeira instância federal e desempenhava o papel de corte recursal das decisões prolatadas pelos Tribunais Estaduais quando se notasse negativa ao direito federal ou confirmação de atos e leis dos governos estaduais questionados perante a lei federal ou a Constituição.

Para facilitar a visualização da estrutura judicial adotada pela Constituição de 1891, traz-se organograma abaixo:

⁷³ A inexistência de Tribunais Federais na estrutura judiciária republicana causou grandes discussões, pautadas na interpretação do texto constitucional que previa a criação de tais cortes pelo Congresso. Ocorre que mesmo tendo o Congresso autorizado o Executivo a proceder a instalação de três tribunais federais, com sede em São Paulo, Recife e Capital Federal, estes não foram implantados, vez que o STF, no exercício de interpretação da Carta Constitucional, havia se firmado como órgão exclusivo da segunda instância federal; tendo tal discussão voltado a ocorrer somente em 1946 com a instalação do Tribunal Federal de Recursos (ARANTES, 1999, p. 74).

⁷⁴ Ressalta-se que fora especificado que o notável saber deveria ser jurídico, somente na Constituição de 1934, o que permitiu a nomeação, por Floriano Peixoto de um médico, Barata Ribeiro, e quatro generais, Inocêncio Galvão Queiroz, Demóstenes da Silveira Lobo e Antonio Caetano Seve Navarro (KOERNER, Andrei. 1994, p. 60).

Figura 1 - O Poder Judiciário na Constituição de 1891.

Fonte: ARANTES. 1997, p 73.

Apresentada a estrutura judicial trazida pela Constituição de 1891, importante tratar das competências conferidas ao Supremo Tribunal Federal, sobre as quais Arantes (1997, p. 76) afirma:

Com este tripé pretendia-se um Supremo Tribunal com as funções de árbitro da federação [...] e juiz dos assuntos da União [...] além de guardião dos direitos e garantias individuais através, principalmente, do instrumento do *habeas corpus*.

Hermes Zaneti Jr. (2015, p. 53) ao trabalhar com os poderes conferidos a Suprema Corte Federal conclui que a ela foi dado o papel de Tribunal de Vértice do regime republicano construído, sendo o “interprete precípua da unidade da lei e da constituição, último revisor em matéria de constitucionalidade das leis e garantia dos direitos fundamentais”

Tendo como espelho o modelo norte-americano, as instituições jurídicas brasileiras passaram, com o advento da República, por uma verdadeira “revolução copernicana” (ZANETI JR. 2015, p. 32), pois passaram a se encontrar apoiadas em uma Constituição escrita e rígida e em um sistema que assegurava a aplicação do *judicial review*.

O Poder Judiciário, portanto, passou, sob a nova égide constitucional, a desempenhar importante papel na garantia e efetividade dos direitos fundamentais previstos na Carta Maior, vez que detinha a prerrogativa de desempenhar o controle difuso de constitucionalidade, atuando na função que antes era atribuída ao Poder Moderador, qual seja, o de zelar pela harmonia e equilíbrio dos demais poderes (ZANETI JR. 2015, p. 49).

A importância dada ao Poder Judiciário no regime republicano que se instituía e a referência ao modelo norte-americano estão evidentes na exposição de motivos do Decreto 848/1890, elaborada por Campos Salles (1890), no qual se encontra o seguinte trecho:

Ahi está posta a profunda diversidade de indole que existe entre o poder judiciario, tal como se acha instituido no regimen decahido, e aquelle que agora se inaugura, calcado sobre os moldes democraticos do systema federal. De poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, apto na elevada esphera da sua autoridade para interpor a benefica influencia do seu criterio decisivo afim de manter o equilibrio, a regularidade e a propria independencia dos outros poderes, assegurando ao mesmo tempo o livre exercicio dos direitos do cidadão.

E' por isso que na grande União Americana com razão se considera o poder judiciario como a pedra angular do edificio federal e o unico capaz de defender com efficacia a liberdade, a autonomia individual. Ao influxo da sua real soberania desfazem-se os erros legislativos e são entregues á austeridade da lei os crimes dos depositarios do poder executivo.

Ademais, há de se destacar que se adotou, neste momento, diferentemente do que se deu na Europa continental, um sistema uno de jurisdição, tal qual disposto nos Estados Unidos da América, não havendo distinção entre contencioso cível e administrativo.

Assim, o ordenamento jurídico forjado pela Carta de 1891 trouxe elementos tanto da “tradição”⁷⁵ da *Common Law* norte-americana, tida como referência à ordem político constitucional republicana então constituída, como da “tradição” romano-germânica que predominava na Europa continental, por meio da recepção do direito privado, público infraconstitucional, penal e processual penal (ZANETI JR. 2015, p. 37), tal qual foi se notando com a adoção do modelo codificado da legislação, seja pelo Código Civil de 1916, seja pelos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973.

Nesse viés, em face ao sistema híbrido criado no Brasil, Candido Rangel Dinamarco (2013, pp. 56-57) afirma a existência de um “paradoxo metodológico” na construção do ordenamento jurídico brasileiro, notadamente do processo civil, tendo apontado:

O paradoxo metodológico que reside no posicionamento do processualista brasileiro é mais profundo do que aquele outro, que não lhe é peculiar, consistente em deixar vivas certas ideias ligadas ao processo. A ordem político-constitucional republicana brasileira teve inspiração no modelo norte-americano – o que devia levar-nos a haurir preferencialmente o espírito

⁷⁵ Sobre o conceito de “tradição” adotado, destaca-se o conceito firmado por Hermes Zaneti Jr. (2015, p. 37): “Tradição é entendida aqui justamente como uma comunhão peculiar que permite falar de sistemas jurídicos muito diversos entre si (como da França e da Alemanha) como pertencentes ao mesmo grupo. Tradição, portanto, não se refere a um conjunto de regras de direito (sobre contratos, delitos, etc.), servindo mais para identificar um conjunto de atitudes fundamentais, profundamente arraigadas, historicamente condicionadas, sobre a natureza do direito sobre seu papel na sociedade e no corpo político, sobre as operações adequadas de um sistema legal, sobre a faz ou se deveria fazer, aplicar, estudar, realizar e ensinar o direito. Dessa forma, o estudo das tradições jurídicas “coloca o sistema dentro da perspectiva cultural”. Seus efeitos são determinantes da maneira de pensar do jurista e devem ser assim encarados como sua matriz cultural, sua *formação cultural*”.

do direito público dos países de origem e dos seus sistemas, para a construção, análise e utilização do instrumento processual. Dos países europeus componentes da *família romano-germânica* do direito, recebemos o direito privado e o penal, sendo muito natural que a nossa ciência se construísse segundo parâmetros e o mesmo espírito europeu continental, nessas áreas específicas. O que não é natural é o comprometimento cultural tão profundo como o que o nosso guarda como todo o espírito do direito processual civil de países onde são diferentes as bases políticas do direito público.

Portanto, nota-se um descompasso entre o ordenamento jurídico constitucional forjado na República, e, em consequência, do papel conferido ao Poder Judiciário no Brasil, e a matriz do direito privado e público infraconstitucional que se assentou no país.

Essa tradição híbrida, já trazida pela Constituição de 1891, carrega reflexos até hoje ao ordenamento jurídico brasileiro, podendo se afirmar que a recepção do modelo constitucional americano trouxe diretrizes básicas ao funcionamento do Judiciário, tal como a inafastabilidade deste e a adoção de um rol de *writs* colocados como meio do exercício da cidadania.

Todavia, em que pese ter Rui Barbosa atuado como grande mentor da Carta de 1891, que trouxe em cujo bojo havia elementos e princípios presentes no modelo norte-americano e com a qual se adotou um modelo de Corte a exemplo do Tribunal de Cúpula estadunidense, não se viu introduzida a cultura de respeito, tanto pelas instâncias inferiores, como pela própria Corte, das decisões por ela firmadas, restando claro que mesmo o Supremo Tribunal Federal, “como instância última de recurso, detivesse quase sempre a palavra final sobre os conflitos constitucionais, esta mesma palavra não tinha amplitude maior que a dos juízes inferiores” (ARANTES. 1997, p. 78).

5.3 – Do Judiciário na Constituição de 1934.

A breve Constituição de 1934, apesar de manter a dualidade entre Justiça Estadual e Federal, inovou na sistematização judiciária ao proceder à criação de dois ramos especializados: Militar e Eleitoral, os quais se encontravam afeitos à organização federal da Justiça.

Embora a Carta Maior tenha previsto a possibilidade de criação de tribunais intermediários entre os juízes federais e o Supremo Tribunal Federal, a fim de diminuir o número de recursos direcionados ao Tribunal de Vértice, tais Cortes não foram implementadas.

Desta feita, conforme o organograma abaixo, restou estruturado o Judiciário brasileiro previsto na Constituição de 1934:

Figura 2 - O Poder Judiciário na Constituição de 1934.

Fonte: ARANTES. 1997, p. 80.

Quanto à estrutura e às competências do Supremo Tribunal Federal, notaram-se alterações na estrutura anterior, as quais se deram por meio do Decreto 19.656 de 08 de novembro de 1931, que promoveu a redução do número de Ministros de 15 para 11 e previu a existência de duas Turmas com 05 Ministros cada, as quais, quando provocadas a solucionar questões constitucionais, eram acrescidas de mais dois julgadores (ANDRADE. 1999, p. 80).

Já no texto constitucional, viu-se a modificação do nome da Corte, que passou de Supremo Tribunal Federal a Corte Suprema; todavia, não se viram grandes mudanças em suas competências, mantendo-se o tripé de competências originárias, recursos ordinários e extraordinários.

A maior inovação notada em suas competências foi a criação de mecanismos que, mais claramente, fixaram o papel de “órgão uniformizador da interpretação do direito federal” (ARANTES. 1997, p. 81).

Os referidos institutos, criados em 1934, mas que tiveram pouca duração, dada sua não previsão na Carta de 1937, foram: i) o estabelecido no artigo 91, IV, que previa a competência do Senado Federal para suspender a execução de qualquer texto normativo, ou parte deste, que houvesse sido declarado inconstitucional; e ii) a instituição de procedimento de controle concentrado de constitucionalidade, cabendo à Suprema Corte, mediante provocação do

Procurador Geral da República, julgar inconstitucional a lei que determinasse a intervenção federal nos estados que não observassem os princípios constitucionais em suas leis e constituições.

5.4 – O Judiciário na Constituição de 1937.

A autoritária carta constitucional de 1937, conhecida como Polaca, trouxe consideráveis alterações à organização do Estado brasileiro, fixando a Presidência da República como autoridade suprema⁷⁶, que controlava os Estados por meio de interventores; a burocracia estatal pelo DASP (Departamento Administrativo do Serviço Público); a mídia pelo DIP (Departamento de Imprensa e Propaganda); a força sindical por meio do Ministério do Trabalho e; a economia pelo Conselho de Economia Nacional (ARANTES. 1997, p.85).

Assim, dada a criação de um Estado Autoritário pela Constituição de 1937, que elevou o Executivo Federal à posição de autoridade suprema, existiu no Brasil do Estado Novo uma “ditadura pura e simples, com todo poder Executivo e Legislativo concentrado nas mãos do Presidente da República que legislava por via de decretos leis que ele próprio depois aplicava, como órgão do Executivo” (AFONSO DA SILVA. 2005, p. 83), tendo-se notado, por conseguinte, grandes alterações e limitações impostas ao Poder Judiciário.

As principais mudanças estruturais notadas no Judiciário descrito pela Constituição Polaca foram: a extinção das Justiças Federal e Eleitoral e a consolidação do Tribunal de Segurança Nacional, que já se encontrava previsto na Lei nº 244 de 1936 (MATHIAS. 2009, p. 251).

Quanto à extinção da Justiça Federal, determinou-se que os processos em curso, tanto em primeira instância como no Supremo Tribunal Federal, seriam objeto de decreto especial que prescreveriam normas sobre o regime transitório.

No que tange a Justiça Eleitoral, as funções que lhe cabiam não foram repassadas a nenhum outro órgão, posto que a realização de pleitos não se encontrava nos planos de Vargas (ARANTES. 1997, p. 87).

Já no tocante ao recém-criado Tribunal de Segurança Nacional, por sua vez tinha como finalidade o processamento e julgamento de crimes tidos como políticos.

⁷⁶ O local de destaque dado ao Poder Executivo na Constituição Polaca é expresso em seu artigo 73, que dispõe: “O Presidente da República, autoridade suprema do Estado, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional e superintende a Administração do País.” (BRASIL, 1937)

Nesse sentido, em face às alterações estruturais trazidas pela Carta de 1937, o Poder Judiciário brasileiro ficou estruturado conforme o seguinte organograma:

Figura 3 - O Poder Judiciário na Constituição de 1937

Fonte: ARANTES. 1997, p. 87.

Em relação às garantias clássicas conferidas à magistratura – vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos vencimentos –, a Constituição de 1937 não as contemplou de forma plena, tendo em vista que o artigo 91, *caput*, as assegurava, ressalvando, todavia, “as restrições expressas na Constituição”.

Outra importante alteração trazida pela Constituição Polaca deu-se no campo do controle de constitucionalidade exercido pelo Judiciário, o que deixa clara a preponderância do Poder Executivo e a inexistência de freios e contrapesos entre os poderes do Estado, vez que o artigo 96 da Carta de 1937 era expresso que somente por maioria absoluta dos juizes dos tribunais poder-se-ia declarar inconstitucional lei ou ato do Presidente da República, acrescentando em parágrafo único que, no caso de declaração de inconstitucionalidade, estaria o Executivo autorizado, a partir de subjetivo juízo da Presidência, que entenda no sentido de que tal ato ou lei seja fosse “necessário ao bem estar do povo, à promoção ou defesa do interesse nacional”, submetê-lo novamente à apreciação do Legislativo, que, em o aprovando por dois terços dos votos, tornaria sem efeito a decisão de inconstitucionalidade.

Assim, a Polaca extinguiu as inovações trazidas pelo Texto de 1934, limitando a existência de um formal sistema difuso-incidental de controle de constitucionalidade, vez que tais mecanismos sequer condiziam com o autoritarismo da Constituição de 1937 e com os preceitos que levaram à formação do Estado Novo.

5.5 – O Judiciário na Constituição de 1946.

A queda do Estado Novo e a redemocratização do país, concretizada na Carta de 1946, promulgada em 18 de setembro desse ano, trouxeram grandes alterações na organização do Poder Judiciário, pois não mais persistia a previsão da Presidência da República como autoridade soberana, restabelecendo a divisão dos Poderes do Estado e os princípios elencados nas Cartas de 1891 e 1934.

A grande inovação da Lei Maior de 1946 foi a consagração da inafastabilidade da jurisdição, prevista no artigo 141, § 4º, que versava: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”; o que foi, segundo Zaneti Jr. (2015, p. 62), a consolidação da “recepção cruzada da jurisprudência norte-americana sobre controle de poder”, ofertando ao Poder Judiciário a prerrogativa do controle judicial dos atos dos demais poderes.

No que tange a estrutura do Judiciário, a nova Constituição manteve o Supremo Tribunal Federal como órgão de cúpula, criou o Tribunal Federal de Recursos (TFR) e a Justiça do Trabalho, manteve a disposição de juízes e tribunais militares e reviveu a Justiça Eleitoral.

Desta forma, conforme organograma abaixo, assim ficou organizado o Judiciário no texto constitucional de 1946:

Figura 4 - O Poder Judiciário na Constituição de 1946.

Fonte: ARANTES. 1997, p. 90.

Em face uma estrutura ainda mais complexa, a criação do Tribunal Federal de Recursos veio com intuito de desafogar a carga de trabalho que recaía sobre o Supremo Tribunal Federal, direcionando-se aquele a competência para apreciação e julgamento de recursos ordinários que versavam sobre questões de interesse da União, retirando deste atividades características de uma segunda instância da Justiça Federal. Doutra banda, a criação do Tribunal Federal de Recursos também teve como escopo deslocar dos tribunais estaduais a competência para julgamento de matérias afetas aos interesses da União.

Nesse sentido, o então Presidente General Eurico Gaspar Dutra (1992, p. 35), ao proferir discurso na cerimônia de instalação do TFR em sede própria, o que ocorreu em 28 de junho de 1948, asseverou sobre suas competências e funções:

Está o Tribunal Federal de Recursos habilitado a desempenhar o relevante papel que lhe incumbe em nossa vida político-judiciária, abrangendo uma vasta área de competência, notadamente no que concerne ao julgamento, em segunda instância, das causas de interesse da União, quer no cível, quer no crime. As primeiras, julgava-as, anteriormente, o Supremo Tribunal Federal, que, sobrecarregado com outras atribuições de mais alta magnitude, precisava ter reduzida a imensa tarefa que a Nação confiara à sabedoria dos seus Juízes. As segundas, vinham sendo decididas pelos Tribunais dos Estados, com quebra do princípio cardinal do regime que exige sejam apreciados e decididos por Tribunais Federais os interesses vinculados a bens e serviços da Administração Federal.

A Constituição de 1946 previu uma formação heterogênea a nova Corte, tendo disposto o artigo 103, que o TFR seria composto por 9 juízes nomeados pelo Chefe do Executivo, depois de aprovada a escolha pelo Senado, sendo dois terços com origem na Magistratura e um terço entre advogados e membros do Ministério Público.

As competências atribuídas ao novo Tribunal eram amplas, cabendo-lhe, originariamente, processar e julgar as ações rescisórias que de desafiassem seus próprios acórdãos e mandados de segurança impetrados contra atos de ministros de Estado, do tribunal ou de seu presidente.

No que toca as suas atividades recursais, notava-se sua função como Tribunal de segunda instância, pois lhe era conferido à competência de julgar as causas decididas em primeira instância, quando a União fosse interessada, seja como autora, ré, assistente ou oponente, exceto em casos de falência. Cabia-lhe, ainda, o processamento e julgamento de crimes praticados em detrimento de bens, interesses ou serviços da União, ressalvadas as competências das Justças Eleitoral e Militar.

Ainda era atribuído ao TFR julgar, em grau de recurso, as denegatórias de *habeas corpus* e as decisões prolatadas em mandados de segurança, nos quais fosse apontado como

autoridade coatora algum ente ou órgão federal. Por fim, incumbia-lhe proceder a revisão, em benefício dos condenados, das suas decisões criminais e processos findos. (MATHIAS. 2009, p. 259).

Todavia, a criação do Tribunal Federal de Recursos não veio acompanhada do renascimento da Justiça Federal, tendo sido resguardadas as competências de primeira instância a Justiça Estadual. Sobre o TFR, Carlos Velloso (1985, p. 43) assim se posicionou:

A constituição de 1946 criou o Tribunal Federal de Recursos, dando-lhe competência jurisdicional antes confiada ao Supremo Tribunal Federal, mas não restaurou a justiça federal de primeira instância. As questões de interesse da União, suas autarquias e empresas públicas continuariam sendo julgadas, em primeiro grau, pelos juízes estaduais, com recurso para o TFR. A este conforme falamos, confiou-lhe o constituinte competência jurisdicional antes conferida à Corte Suprema. Competia-lhe, então, basicamente, processar e julgar, em grau de recurso as causas em que a União fosse interessada como autora, ré, assistente ou oponente, ou quando se tratasse de crimes praticados em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, bem assim as decisões dos juízes locais denegatórias de *habeas corpus*, e as proferidas em mandados de segurança, se federal a autoridade coatora; originariamente, julgaria os mandados de segurança impetrados contra ato de ministro de Estado.

Assim, o Tribunal Federal de Recursos surge a partir de uma opção política, carregando consigo competências que originariamente eram atribuídas ao Supremo Tribunal Federal, buscando reduzir o volume de trabalho que a este era imposto, revestindo-o na qualidade de Corte de Vértice, para que pudesse trabalhar mais atentamente com os casos de alto interesse. Acerca do tema, Arantes (1997, pp. 92-93) afirma:

Tal modificação [criação do TFR] tem duas consequências importantes: primeiramente porque soluciona, pelo menos em parte, o problema de sobrecarga de trabalho que abatia sobre o STF com a transferência do papel de segunda instância dos assuntos envolvendo a União para o TFR. Em segundo lugar, porque livrando-se dessa atribuição, vê salientado seu papel de árbitro da federação nos conflitos políticos e de jurisdição, e o papel de guardião da Constituição. Dito isso, pode-se adiantar que *a partir de 46 a posição do STF vai sendo depurada no sentido de transformá-lo mais numa Corte das questões federativas e constitucionais e menos numa Corte dos assuntos da União.*

No que tange as competências atribuídas ao STF, preservou-se as originárias relativas às altas autoridades da União, quando envolvidas em crimes comuns e de responsabilidade, a de atuar nas questões federativas e de conflitos de jurisdição entre órgãos judiciais, bem como para a de apreciar mandados de segurança e *habeas corpus*. Já sobre a

competência recursal, a Corte ainda se viu responsável, por meio de recurso extraordinário, a atuar no controle de constitucionalidade e ser o intérprete do direito Federal⁷⁷.

Desta forma, nota-se que a criação do Tribunal Federal de Recursos deu-se como uma opção política, a fim de dar maior fôlego aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, para que, com sua composição heterogênea, sua posição e função na organização judiciária, pudesse atuar não apenas como uma Corte de Revisão, mas também como tribunal destinado a outorgar sentido ao texto constitucional.

5.6 – O Judiciário durante o Regime Militar.

Após as sucessivas crises políticas ocorridas sob a égide da Constituição de 1946 – marcadas por episódios como o suicídio de Getúlio Vargas, as rebeliões golpistas durante o governo de Juscelino Kubitschek, a renúncia de Jânio Quadros e a reação militar contra o Vice-Presidente João Goulart –, adveio o golpe de 1964, inaugurando o autoritário regime militar que perdurou até 1985.

Instaurado o Regime Militar, a Carta constitucional então vigente foi mantida por mais três anos. Contudo, desde o Ato Institucional nº 1, de 9 de abril de 1964, deixou-se claro que o golpe, à época tratado como revolução, revestia-se na qualidade de Poder Constitucional, motivo pelo qual seus atos não se submetiam ao Congresso ou por ele deveriam ser legitimados (ZANETI JR. 2015, p. 64).

Sobre essa força constitucional dos Atos Institucionais, o preâmbulo do AI nº 1 é claro ao afirmar:

A revolução vitoriosa se investe no exercício do Poder Constituinte. Este se manifesta pela eleição popular ou pela revolução. Esta é a forma mais expressiva e mais radical do Poder Constituinte. Assim, a revolução vitoriosa, como Poder Constituinte, se legitima por si mesma. Ela destitui o governo anterior e tem a capacidade de constituir o novo governo. Nela se contém a força normativa, inerente ao Poder Constituinte. Ela edita normas jurídicas sem que nisto seja limitada pela normatividade anterior à sua vitória. Os Chefes da revolução vitoriosa, graças à ação das Forças Armadas e ao apoio inequívoco da Nação, representam o Povo e em seu nome exercem o Poder Constituinte, de que o Povo é o único titular. O Ato Institucional que

⁷⁷ A competência para atuar como intérprete do direito federal vinha disciplinada no artigo 101, III, alíneas ‘a’, ‘b’, ‘c’ e ‘d’ da Constituição, que versavam: “III - julgar em recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais ou Juízes: a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato; d) quando na decisão recorrida a interpretação da lei federal invocada for diversa da que lhe haja dado qualquer dos outros Tribunais ou o próprio Supremo Tribunal Federal.” (BRASIL, 1946).

é hoje editado pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica, em nome da revolução que se tornou vitoriosa com o apoio da Nação na sua quase totalidade, se destina a assegurar ao novo governo a ser instituído, os meios indispensáveis à obra de reconstrução econômica, financeira, política e moral do Brasil, de maneira a poder enfrentar, de modo direto e imediato, os graves e urgentes problemas de que depende a restauração da ordem interna e do prestígio internacional da nossa Pátria. A revolução vitoriosa necessita de se institucionalizar e se apressa pela sua institucionalização a limitar os plenos poderes de que efetivamente dispõe.

Nesse sentido, implantado o regime autoritário militar, que se revestiu na qualidade de poder Constituinte, editou-se uma série de Atos Institucionais, culminando na Constituição de 1967.

Quanto à organização do Poder Judiciário na ditadura militar, as mudanças estruturais advieram por meio do Ato Institucional nº 2, datado 27 de outubro de 1965, que trouxe novamente a existência de uma Justiça Federal de primeira instância e uma seção judiciária para cada estado, território e para o Distrito Federal, sendo os juízes nomeados pelo Presidente, a partir de uma lista de 5 nomes apresentada pelo STF.

No que tange a composição dos Tribunais de Cúpula, o STF teve sua formação aumentada de 11 para 16 Ministros e no TFR, de 9 para 13 Magistrados, tendo sido facultada a criação de mais duas destas Cortes, sendo uma no estado de Pernambuco e outra no de São Paulo (artigo 116, § 1º, da Constituição de 1967).

Importante alteração trazida ainda pelo AI nº 2 foi a suspensão das clássicas garantias da magistratura, da vitaliciedade e da inamovibilidade, de todos os juízes, sendo facilmente visualizada a invasão do Executivo no Poder Judiciário na edição do Decreto de 16 de janeiro de 1969, meio pelo qual se aposentou, compulsoriamente, os Ministros do Supremo Tribunal Federal Hermes de Lima, Evandro Cavalcanti Lins e Silva e Victor Nunes Leal (ZANETI JR. 2015, p. 65).

Já sobre o controle de Constitucionalidade, a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, deu força ao modelo concentrado, dando ao STF a prerrogativa de apreciar, a partir da provocação do Procurador Geral da República, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, federal ou estadual (ARANTES. 1997, p. 95).

Em frente às inúmeras alterações feitas na Constituição de 1946 – 4 Atos Institucionais e 15 emendas Constitucionais (BONAVIDES; ANDRADE. 1991 p. 429) editou-se o Ato Institucional nº 4 de 7 de dezembro de 1966, meio pelo qual se convocou o Congresso para que apreciasse e votasse o projeto da nova Constituição apresentado pelo

Presidente Castelo Branco, fazendo surgir a Carta de 1967⁷⁸ (MATHIAS. 2009, p. 267), na qual se manteve a estrutura judiciária prevista no AI-2, esquematizada da seguinte forma:

Figura 5 - O Poder Judiciário na Constituição de 1967.

Fonte: ARANTES. 1997, p. 98.

Em que pese à complexa organização judiciária, importante ressaltar que o Executivo se manteve como poder forte e autoritário, tendo afirmado Maria Tereza Sadek (2010a, p. 8): “A Constituição de 1967 conferiu tão ampla margem de atribuições ao Executivo que acabou por transformar o Legislativo e o Judiciário em subpoderes, com funções de mera assessoria, ou de organismos complementares à chefia do governo”.

O recrudescimento do Regime Militar, a partir de 1968, completou-se com a outorga da Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, que praticamente substituiu a Constituição de 1967, tornando-se uma nova Carta (BONAVIDES; ANDRADE. 1991, p. 443), que trazia em seu bojo a supremacia do Executivo.

Nessa linha, a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, deu continuidade à redução de direitos, pois, com a restrição de remédios constitucionais, sob a alegação de fortalecer o STF

⁷⁸ No que tange a Carta de 1967, importante destacar a intenção do regime militar em imputar-lhe uma feição democrática, por meio de seu encaminhamento ao Congresso, tendo sobre o tema, e comparando-a com a Constituição Polaca, se manifestado Bonavides e Andrade (1991, p.442): “A Constituição de 1937 – a “Polaca” – fora considerada obra de um homem e imposta a Nação pela ditadura de Getúlio Vargas, e o fato de encaminhar o projeto de Constituição de 1967 ao Congresso, dava impressão de que os fatos e as circunstâncias eram outras e a Nação vivia na legalidade democrática com um legislativo soberano. Em razão de algumas tinturas democráticas aproveitadas da Constituição de 1946, o que permitiu classificá-la como semi-autoritária, em verdade ela também se aproveitou da circunstância de ter sido “votada” pelo Congresso”.

como Corte eminentemente constitucional, mitigou seu campo de atuação. Sobre tal movimento, Arantes (1997, p. 99) constata:

De qualquer forma, foi ela que completou, por assim dizer, a evolução do movimento de diferenciação/concentração da organização judiciária brasileira ao introduzir medidas que visavam desafogar o Supremo Tribunal Federal das causas de menor relevância e reforçar seu papel de cúpula do Judiciário para assuntos constitucionais e de interesse nacional, através principalmente da advocatória.

Ainda na busca de descongestionar o Supremo Tribunal Federal, a referida Emenda Constitucional atribuiu ao Tribunal Federal de Recursos competências, tanto originárias como recursais, que antes eram conferidas ao STF (SADEK. 2010a, p. 9).

Outra grande mudança que se notou na estrutura judiciária durante o período militar foi a edição do denominado Pacote de Abril – Emenda Constitucional nº 7, de 13 de abril de 1977 –, baixada pelo presidente da República Ernesto Geisel.

Tal Emenda previu a criação, por meio de lei, de contencioso administrativo com a competência para o julgamento de litígios envolvendo relações de trabalho de servidores com a União, inclusive autarquias e empresas públicas federais (MATHIAS. 2009, p. 271), criou o Conselho Nacional da Magistratura, determinando a elaboração da Lei Orgânica da classe, a qual tomou corpo por meio da Lei Complementar 35, de 14 de março de 1979.

Entre outras alterações promovidas no Judiciário em 1977, destaca-se a previsão e manutenção de um único TFR, que passou a ser composto por 27 ministros vitalícios, sendo 15 de origem na magistratura federal, 4 membros do Ministério Público, 4 advogados e 4 magistrados ou membros do Ministério Público estadual ou distrital.

Assim, ao final do regime militar, o Brasil viu-se com uma estrutura judiciária muito diversa e muito mais complexa do que aquela pensada para o Império e para a Primeira República, vez que surgiram Justiças especializadas e que se notou a necessidade da atuação do STF como um tribunal de cúpula. Entretanto, neste período, claramente se constata a ausência de independência do Judiciário em face aos demais Poderes, seja pela intervenção do Executivo, seja ainda pela ausência de autonomia financeira.

5.7 – O Judiciário na Constituição de 1988.

A transição do Regime Militar para o atual regime democrático foi, segundo Bonavides e Andrade (1991, p. 444), o processo mais doloroso já atravessado pela história do país, pois foi marcado por abusos cometidos pelos detentores do poder, consistentes no uso da

violência, da tortura e de perseguições e prisões políticas, tudo “sob a égide de uma doutrina de segurança do poder arbitrário fugindo ao debate público e à eleição do presidente da República, dos governadores e prefeitos”.

Nesse sentido, a passagem do estado autoritário militar para o democrático veio a partir da insurgência de diversos setores da sociedade e da política, podendo se destacar o protesto de abril patrocinado pela OAB, a “Carta aos brasileiros”⁷⁹, lida pelo Professor Goffredo Teles Júnior na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em 8 de agosto de 1977, fatos que deram força aos movimentos populares e políticos, marcados pelas manifestações das “Diretas Já” e pela formação da Aliança Democrática, que contava com dissidentes do governo e membros das forças democráticas, como Tancredo Neves, Ulysses Guimarães, Marco Maciel, Aureliano Chaves, entre outros (BONAVIDES; ANDRADE. 1991, p. 445), elementos estes que levaram à indicação, e eleição, em 15 de janeiro de 1985, pelo Colégio Eleitoral, de Tancredo para a Presidente da República, o que marcou o início de um novo período democrático no Brasil, relatado por José Afonso da Silva (2005, p. 88) da seguinte forma:

Sua eleição, a 15.1.85, foi, por isso, saudada como o início de um novo período na história das instituições políticas brasileiras, e que ele próprio denominara de a *Nova República*, que haveria de ser democrática e social, a caracterizar-se pela Constituição que seria elaborada pela Assembléia

⁷⁹ A Carta aos Brasileiros, de Goffredo Teles Júnior (1987), foi de extrema importância para a retomada da democracia anos mais tarde, tendo o jurista, terminado o texto, afirmado que a comunidade jurídica desejava, tão somente, o Estado de Direito no Brasil, e ao assinalar as garantias e direitos inerentes a um Estado de Direito, afirmou: “Sustentamos que um Estado será tanto mais evoluído quanto mais a ordem reinante consagre e garanta o direito dos cidadãos de serem regidos por uma Constituição soberana, elaborada livremente pelos Representantes do Povo, numa Assembléia Nacional Constituinte; o direito de não ver ninguém jamais submetido a disposições de atos legislativos do Poder Executivo, contrários aos preceitos e ao espírito dessa Constituição; o direito de ter um Governo em que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário possam cumprir sua missão com independência, sem medo de represálias e castigos do Poder Executivo; o direito de ter um Poder - Executivo limitado pelas normas da Constituição soberana, elaborada pela Assembléia Nacional Constituinte; o direito de escolher, em pleitos democráticos, seus governantes e legisladores; o direito de ser eleito governante ou legislador, e o de ocupar cargos na administração pública; o direito de se fazer ouvir pelos Poderes Públicos, e de introduzir seu pensamento nas decisões do Governo; o direito à liberdade justa, que é o direito de fazer ou de não fazer o que a lei não proíbe; o direito à igualdade perante a lei que é o direito de cada um de receber o que a cada um pertence; o direito à intimidade e à inviolabilidade do domicílio; o direito à propriedade e o de conservá-la; o direito de organizar livremente sindicatos de trabalhadores, para que estes possam lutar em defesa de seus interesses; o direito à presunção de inocência, dos que não forem declarados culpados, em processo regular; o direito de imediata e ampla defesa dos que forem acusados de ter praticado ato ilícito; o direito de não ser preso, fora dos casos previstos em lei; o direito de não ser mantido preso, em regime de incomunicabilidade, fora dos casos da lei; o direito de não ser condenado a nenhuma pena que a lei não haja cominado antes do delito; o direito de nunca ser submetido à tortura, nem a tratamento desumano ou degradante; o direito de pedir a manifestação do Poder Judiciário, sempre que houver interesse legítimo de alguém; o direito irrestrito de impetrar *habeas corpus*; o direito de ter Juízes e Tribunais independentes, com prerrogativas que os tornem refratários a injunções de qualquer ordem; o direito de ter uma imprensa livre; o direito de fruir das obras de arte e cultura, sem cortes ou restrições; o direito de exprimir o pensamento, sem qualquer censura, ressalvadas as penas legalmente previstas, para os crimes de calúnia, difamação e injúria; o direito de resposta; o direito de reunião e associação.”

Nacional Constituinte, livre e soberana, que ele convocaria assim que assumisse a Presidência da República. Prometeu também que nomearia uma Comissão de Estudos Constitucionais a que caberia elaborar estudos e anteprojeto de Constituição a ser enviado, como mera colaboração, à Constituinte.

Com o falecimento de Tancredo Neves, assumiu a chefia do Poder Executivo o Vice-Presidente José Sarney, que deu seguimento aos compromissos de transição de regime assumidos pelo político mineiro, tendo nomeado uma Comissão de Estudos Constitucionais e enviado ao Congresso a Proposta de Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985, que, além de ter concedido ampla anistia, convocou os membros do Legislativo a reunirem-se em Assembleia Nacional Constituinte, que elaborou a Carta de 1988, a qual pode ser considerada “um texto moderno, com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial. Bem examinada a Constituição de 1988, constitui, hoje, um documento de grande importância para o constitucionalismo em geral” (AFONSO DA SILVA. 2005, p. 89).

A Comissão de Estudos Constitucionais convocada pelo Presidente Sarney, composta por 50 “notáveis” e presidida pelo jurista Afonso Arinos de Melo Franco, não se restringiu a elaboração de estudos e pesquisas, tendo confeccionado um verdadeiro anteprojeto constitucional, encaminhado à Chefia do Executivo em 18 de setembro de 1986. Todavia, o trabalho da Comissão foi recebido pelo governo como um mero relatório, tendo o Presidente Sarney, ao invés de encaminhá-lo à futura constituinte, o remetido, por despacho, ao Ministério da Justiça, onde ficou arquivado⁸⁰ (BONAVIDES; ANDRADE. 1991, pp. 453-454).

Em 15 de novembro de 1986, ocorreram eleições, meio pelo qual foram eleitos 487 deputados e 72 senadores, instalando-se, conforme previsto na Emenda convocatória, a Assembleia Nacional Constituinte no dia 1º de fevereiro de 1987, presidida pelo Deputado Ulysses Guimarães.

Para discussão da organização do Poder Judiciário na Carta Constitucional que viria a ser promulgada em 5 de outubro de 1988, instalou-se, em 7 de abril de 1987, a Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, presidida pelo Deputado Federal José Costa

⁸⁰ Sobre o trabalho da Comissão de Arinos e o fato desta não ter sido encaminhada ao Poder Constituinte, Miguel Reale (1999, pp. 135-136), que fizera parte da Subcomissão do Poder Judiciário, afirma: “Ainda não foi feito um cotejo entre a Constituição de 1988 e o Anteprojeto de Constituição apresentado pela *Comissão Arinos* ao então Presidente José Sarney, o qual, por motivos não explicitados, simplesmente prestou grandes homenagens a Afonso Arinos, mas arquivou o Anteprojeto, deixando de encaminhá-lo a Assembleia Nacional Constituinte. Por isso esta não teve um texto referencial que, por certo, teria evitado muitos desacertos e descaminhos que têm provocado tantas e sucessivas reformas”.

(PMDB-AL), com a relatoria do Deputado Federal Plínio de Arruda Sampaio (PT-SP), tendo sido entregue, após a realização de 10 audiências públicas⁸¹, o Anteprojeto – *Relatório sobre a organização do Poder Judiciário e do Ministério Público*, pautado em um diagnóstico da situação em que se encontrava o Judiciário, para sugerir pressupostos de uma nova organização judiciária.

O Anteprojeto do Deputado Plínio de Arruda Sampaio (1987, p. 2-3) apontava cinco defeitos básicos que existiam na Justiça Brasileira e que deveriam ser enfrentados pelo novo texto Constitucional, a saber: i) lentidão da Justiça brasileira; ii) inacessibilidade dos setores de baixa renda ao Poder Judiciário; iii) sobrecarga de trabalho aos magistrados; iv) crise carcerária e uma polícia judiciária insuficiente, mal aparelhada, truculenta e afetada pela corrupção e a consequente limitação da eficácia punitiva e; v) a impossibilidade de alargamento dos efeitos das decisões a casos semelhantes.

A partir deste cenário encontrado, o relatório (1987, p. 7) propunha à Subcomissão, os seguintes pontos norteadores à estruturação da Justiça na nova Carta Constitucional:

Pressuposto básico da sua consecução é a autonomia e a independência tanto do Poder Judiciário quanto do Ministério Público, no contexto de uma Constituição que exigirá, no Capítulo próprio, as garantias de jurisdição clássicas das democracias modernas: a) a lei prévia; b) o juiz independente e imparcial revestido de garantias para bem exercer a jurisdição; c) o devido processo legal; e, d) a execução compulsória das sentenças – preservados o duplo grau de jurisdição, a obrigatoriedade da decisão motivada, a impossibilidade de subtrair litígios da apreciação judicial e de condicionar a jurisdição de qualquer decisão prévia do mesmo litígio em outro poder do Estado, a competência jurisdicional fixada em lei; a proibição de juízes e tribunais de exceção, o monopólio e a obrigatoriedade da ação penal pública e seu exercício por órgão independente, finalmente a garantia da ampla defesa.

Dessa forma, as grandes preocupações do Poder Constituinte recaíam sobre as seguintes necessidades: i) garantia de independência e autonomia do Poder Judiciário frente ao Executivo; ii) garantia do amplo acesso à ordem Jurídica; iii) construção de um sistema que permitisse uma prestação jurisdicional célere e; iv) criação de condições para se diminuir a carga de trabalho dos magistrados, com intuito de buscar decisões mais apuradas.

⁸¹ As audiências públicas que ocorreram na Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público tiveram como objeto os seguintes temas: i) Ministério Público; ii) Justiça do Trabalho; iii) Poder Judiciário e Magistratura - Justiça do Trabalho; iv) Defensoria Pública, Direito notarial, Direito Registral, Polícia Civil, Inquérito Policial; v) Direito agrário na nova Constituição e justiça agrária; vi) Justiça trabalhista; vii) Corte Constitucional, Tribunal Constitucional e partidos políticos; viii) Sistema de ingresso e promoções na magistratura e no ministério público; ix) unicidade ou dualidade da justiça e; x) Elaboração da Constituição – Justiça Brasileira.

Doutra banda, não se nota no anteprojeto apresentado qualquer preocupação com a construção de um sistema que permitisse a efetiva previsibilidade das decisões, que prezasse pela segurança jurídica, pelo respeito às decisões dos tribunais superiores e ao combate à jurisprudência lotérica⁸², fatores estes que podem ser claramente observados a partir do posicionamento do Relator, ao afirmar ser filiado e defensor de uma tradição positivista, para qual a segurança jurídica, assim como no modelo liberal de judiciário francês, reside no texto da lei. Tal posicionamento foi colocado em debate organizado por Maria Tereza Sadek, denominado *Judiciário em Debate*, no qual, ao discorrer sobre a Constituição Federal de 1988, afirmou:

Nossa tradição de Direito é positivista, uma tradição de interpretação literal da lei. O juiz não faz a lei e não deve fazer a lei. Essa história de sentença dada pela consciência do juiz pode tornar-se perigosíssima para os nossos direitos. Eu sou bem conservador quanto a esse ponto e discuti isso no Congresso. Acho que o juiz tem que olhar a lei e dizer o que está ali, não o que ele acha (SAMPAIO. 2010, p. 98).

Nesse viés, embora a existência de discussões durante a Constituinte sobre a formação e o papel das Cortes Superiores na nova ordem constitucional – o que será melhor analisado no ponto subsequente, no qual se tratará especificamente da criação do Superior Tribunal de Justiça – a Comissão empreendeu maiores esforços na tentativa de afastar os “defeitos” apontados no anteprojeto do Deputado Plínio de Arruda Sampaio.

Após a apresentação da sua redação final e de ter sido aprovado pela Subcomissão, o Anteprojeto foi objeto de apreciação e emendas na Comissão da Organização dos Poderes e Sistemas de Governo, no bojo da qual foi realizada audiência pública, em 4 de agosto de 1987, com a presença do então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Sidney Sanches.

Empreendidas diversas alterações no texto inicial, a Redação Final do Anteprojeto foi aprovada em 15 de junho de 1987 e encaminhada, conforme regimento da Assembleia Constituinte, à Comissão de Sistematização, a qual promoveu a consolidação de diversos textos, publicando Anteprojeto de Constituição em 26 de junho de 1987, que, após novas discussões e emendas, deu origem ao Projeto de Constituição, publicado em novembro de 1987 (RIBEIRO. 2011 p. 192).

⁸² Ao tratar sobre o conceito de jurisprudência lotérica, Eduardo Cambi (2001, p.110), afirmou: “A ideia da jurisprudência lotérica se insere justamente nesse contexto; isto é, quando a mesma questão jurídica é julgada por duas ou mais maneiras diferentes. Assim, se a parte tiver a sorte de a causa ser distribuída a determinado Juiz, que tenha entendimento favorável da matéria jurídica envolvida, obtém a tutela jurisdicional; caso contrário, a decisão não lhe reconhece o direito pleiteado”.

Dado seguimento aos trabalhos na Assembleia Constituinte, viu-se promulgado o novo texto constitucional em 5 de outubro de 1988, que estruturou uma nova e complexa organização judicial, garantindo-se independência e autonomia ao Judiciário em frente aos demais poderes, o que é notado a partir da sua capacidade de autogoverno, com a escolha de seus dirigentes (art. 96, I, 'a', CF/88) e inalterabilidade de sua organização (art. 96, II, CF/88), e com sua autonomia financeira (art. 99, II, CF/88) e competência normativa para aprovar seus próprios regimentos internos (art. 96, I, 'a', CF/88).

Além das prerrogativas orgânicas do Poder Judiciário, sua independência perante aos demais poderes também é assegurada pelas garantias conferidas aos membros da magistratura, quais sejam: vitaliciedade⁸³, inamovibilidade⁸⁴ e irredutibilidade de subsídios⁸⁵.

Nessa linha, sobre a autonomia do Judiciário na Constituição de 1988, Gilmar Mendes (2011, p. 2) afirma:

A Constituição de 1988 confiou ao Judiciário papel até então não outorgado por nenhuma outra Constituição. Conferiu-se autonomia institucional, desconhecida na história de nosso modelo constitucional e que se revela, igualmente, singular e digna de destaque também no plano do direito comparado. Buscou-se, assim, garantir a autonomia administrativa e financeira do Poder Judiciário e assegurou-se a independência funcional dos magistrados.

Entretanto, no que toca as funções atribuídas ao Poder Judiciário na Carta Cidadã, Cláudio Lacombe (2010, p. 80) não aponta qualquer alteração⁸⁶, afirmando ter sido preservada a competência para dizer o Direito, o que fez da seguinte forma: “Parafraseando o

⁸³ A garantia da vitaliciedade aos magistrados, aposta no artigo 95, I da Constituição de 1988, é assim definida por André Ramos Tavares (2010, p. 245): “A vitaliciedade significa a garantia (voltada para a cidadania) de manter-se o magistrado no cargo, indefinidamente, salvo condenação transitada em julgado”.

⁸⁴ André Ramos Tavares (2010, p. 252) conceitua a garantia da inamovibilidade da seguinte forma: “A inamovibilidade, prevista expressamente para os magistrados no artigo 95, II, garante a imparcialidade da própria Justiça, na medida em que impede que determinado juiz seja removido de um cargo para outro de acordo com interesses políticos ou governamentais, ou mesmo para evitar o “julgamento popular, designando-se determinado juiz por ser reputado mais “severo” ou mais “leve”. Impede-se a mudança do juiz da causa por circunstâncias que comprometeriam a isenção do próprio processo judicial”.

⁸⁵ Acerca da importância da irredutibilidade de subsídios, como garantia à separação dos poderes e ao exercício da magistratura, Tavares (2010, p. 254) afirma: “a irredutibilidade da remuneração dos magistrados reforça a imparcialidade dos juízes, na medida em que estes não devem temer eventual represália financeiro-salarial pelas decisões que tenham assumido nas causas que lhes são apresentadas a julgamento e sobre as quais têm de se pronunciar, especialmente quando se encontra em um dos polos processuais o próprio Poder Público”.

⁸⁶ Ainda sobre a existência de importante guinada no Poder Judiciário por meio da Constituição de 1988, interessante a fala do Constituinte Mauricio Correa (1987, p. 105), durante a 9ª Reunião Ordinária da Subcomissão de Organização do Poder Judiciário Ministério Público da Assembleia Nacional Constituinte, realizada em 19 de maio de 1987, na qual aponta: Tenho dito que gostaria que houvesse uma revolução no Poder Judiciário, mas sei das dificuldades de se promover esse ato modificativo dentro da estrutura da sociedade brasileira, neste momento. Não digo que o Poder Judiciário seja o mais conservador, mas, no que tange às transformações, é o mais difícil de se penetrar em seu âmago, para promovê-las. A não ser através de uma revolução social, em que um determinado grupo se imponha, tomando o poder, e, assim, modifique a estrutura geral do Brasil não vejo condições de, em profundidade, transformarmos o Poder Judiciário naquele poder revolucionário que desejamos.”

meu querido e saudoso amigo Otto Lara Rezende, posso dizer que o Judiciário está aonde sempre esteve: continua como titular do poder jurisdicional, o poder de *jurisdictio*, de dizer o Direito, de aplicar as leis”.

No mesmo sentido, sobre as funções do Judiciário trazidas pela Carta de 1988 e quais as prerrogativas e dinâmica da relação com os demais poderes, Rogério Bastos Arantes (2010, pp. 60-61), com base nos modelos americano e francês, destaca um claro perfil e posição do Judiciário no Brasil:

Tomando para comparação os casos dos Estados Unidos e da França, vemos que aí o papel institucional do Judiciário encontra-se bastante bem definido, mesmo que em direções opostas, variando desde a condição de poder político claramente soberano nos Estados Unidos, até a condição de órgão quase meramente administrativo na França. Embora sejam diversos os modelos de organização judiciária, o fato é que, no plano institucional, o Judiciário brasileiro parece não ter encontrado ainda uma identidade bem definida.

Ainda sobre a pouca mudança nas funções atribuídas ao Judiciário pela Constituição de 1988 e a tradição legalista, Camilo Zufelato (2015, p. 122), ao versar sobre o papel dos tribunais de cúpula afirma, que suas atribuições são reflexo de um Brasil ainda apegado à proeminência do Legislador, motivo pelo qual, ao se criar o Superior Tribunal de Justiça, este vem para desempenhar o papel de corrigir e controlar as decisões dos Tribunais hierarquicamente inferiores, ou seja, aferir e revelar a inequívoca vontade do membro do Poder Legislativo – o que será melhor explanado no ponto seguinte.

No que se refere a organização do Judiciário na Constituição de 1988, após intensas discussões sobre qual deveria ser a estrutura e, principalmente, sobre a criação ou não de um novo tribunal de Cúpula, o artigo 92 trouxe um complexo organograma, constituído pelas seguintes instituições: i) Supremo Tribunal Federal; ii) Superior Tribunal de Justiça; iii) os Tribunais Regionais Federais e os juízes federais; iv) os tribunais e juízes do trabalho; v) os tribunais e juízes eleitorais; vi) os tribunais e juízes militares; vii) os tribunais e juízes dos estados e do Distrito Federal e Territórios, abaixo esquematizado:

Figura 6 - O Poder Judiciário na Constituição de 1988⁸⁷

Fonte: ARANTES. 1997, p. 106.

Quanto aos Tribunais de Vértice, a Lei Maior reforçou a ideia do Supremo Tribunal Federal como órgão de Vértice do Poder Judiciário, ampliando-se sua competência constitucional, dada a criação do mandado de injunção e o aumento do rol dos legitimados a propor ação de inconstitucionalidade, antes previsto somente ao Procurador Geral da República.

Ainda a fim de firmar o STF como Tribunal Constitucional, dando-lhe maior espaço para atuar no controle de constitucionalidade, retirou-lhe a função que exercia desde sua criação, de corte unificadora da aplicação do direito federal infraconstitucional, repassando-a aquela que foi a maior inovação da Carta de 1988: o Superior Tribunal de Justiça (SADEK. 2010a, p. 11):

⁸⁷ Sobre o esquema apresentado, importante destacar que se vale do organograma utilizado por Rogério Bastos Arantes com intuito de seguir uma mesma linha de raciocínio, a qual fora utilizada para descrever a organização do Judiciário nas Constituições anteriores a 1988. Entretanto, o modelo trazido por Arantes representa a estrutura judicial aposta no texto original da Carta Cidadã, motivo pelo qual se nota a presença das Juntas de Conciliação e Julgamento no âmbito da Justiça do Trabalho, substituídas pelos Juizes do Trabalho por meio da Emenda Constitucional 24/99 e não abarca a sistemática dos Juizados Especiais Estaduais, das Fazendas Públicas e Federais, disciplinados, respectivamente, pelas Leis 9.099/95, 10.259/2001 e 10.153/2009.

Doutra banda, o organograma desenhado por Arantes demonstra, mesmo que de forma sutil, a posição do Superior Tribunal de Justiça no Judiciário brasileiro, colocado em posição inferior ao Supremo Tribunal Federal e abaixo deste, demonstrando, assim, que fora pensado – como no próximo ponto será melhor demonstrado, como uma verdadeira corte de revisão e não como um tribunal de vértice, destinado a colaborar com o desenvolvimento do direito.

De fato, a grande inovação, no que se refere à estrutura do Poder Judiciário, foi a criação do Superior Tribunal de Justiça, cujos principais fundamentos eram descongestionar o STF e assumir algumas das funções antes atribuídas ao Tribunal Federal de Recursos. Trata-se de órgão acima dos tribunais federais dos estados, com as atribuições principais de guardar a legislação federal e de julgar em recurso especial as causas decididas em única e última instância pelos TRFs ou pelos tribunais dos estados, dos territórios e do Distrito Federal. O STJ tem sede na Capital federal e possui jurisdição sobre todo o País. É composto de 33 ministros, nomeados pelo presidente da República, após aprovação do Senado. (SADEK. 2010a, pp.11-12).

Todavia, a criação da nova Corte não teve como finalidade mitigar a posição do STF como Tribunal de Vértice, mas sim dar-lhe fôlego para que atue nas questões constitucionais, como afirmado por Josaphat Marinho (1988, p. 30) ao proferir palestra sobre o Judiciário na Constituição de 1988, na Associação dos Advogados de São Paulo.

[...] a criação do Superior Tribunal de Justiça e a densidade de sua competência constitucional não diminuem a importância do Supremo Tribunal Federal. Dele foram extraídas competências diversas, algumas das quais em rigor já inadequadas para alta Corte, por envolverem o desate de questões comuns e de direito privado. Não se lhe reduziu a imagem de Tribunal da Federação. O solene reconhecimento de que lhe cabe “precipuamente, a guarda da Constituição” (art. 112), significa erigi-la ao ápice do sistema institucional de cuja culminância devem ser protegidos os direitos contra todas as parcialidades e deformações.

Assim, não é com o viés de diminuir o STF que surge o Superior Tribunal de Justiça na Carta Cidadã, mas sim como forma de se dar uma melhor estrutura e organização ao Judiciário brasileiro, tendo Walter Ceneviva (1999, p. 284), em obra comemorativa aos 10 anos da criação do STJ, afirmado que se seu antecessor próximo teria sido o Tribunal Federal de Recursos⁸⁸.

Nesse sentido, da análise das competências conferidas ao Superior Tribunal de Justiça – as quais serão abordadas no capítulo subsequente, pode-se notar que ele assimilou as atribuições dadas ao TRF, tais como o processamento e julgamento de mandados de segurança cuja autoridade coatora seja ministro de Estado ou do próprio tribunal, sendo repassadas as funções típicas de Segunda Instância, que versassem sobre interesses da União, para os Tribunais Regionais Federais.

Ademais, há de se destacar que no momento das discussões sobre a criação do STJ na Assembleia Nacional Constituinte, houve efetiva participação dos Ministros do TFR, os quais sugeriram, por meio do então deputado Michel Temer, diversas Emendas aos Relatórios apresentados na Subcomissão de Organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, da

⁸⁸ No mesmo viés, em passagem posterior a que afirma ser o TFR o antecessor direto do STJ, Walter Ceneviva (1999, p. 293) afirma que a composição e formação do Superior Tribunal de Justiça deu-se com base nas experiências experimentadas pelo Tribunal Federal de Recursos.

Comissão da Organização do Poder Judiciário, bem como na Comissão de Sistematização (RIBEIRO. 2011, p. 191-193), tendo sido inserido, por indicação dos próprios Ministros daquele tribunal, o teor do artigo 27, § 2º, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que afirmou que ocorreria o aproveitamento, na composição inicial do STJ, dos atuais ministros do Tribunal Federal de Recursos.

Entretanto, como bem explanado por André Ramos Tavares (2012, p. 148), não se pode afirmar que o STJ consistiria na simples transformação do TFR em uma nova Corte, como se nota do seguinte trecho:

Isso [aproveitamento dos Ministros do TRF para o STJ], contudo, não permite concluir precipitadamente que se trataria do antigo TRF. E, realmente, a mudança foi muito mais profunda, já que se instaura, a partir de 1988, um segundo Tribunal, ao lado do STF, com âmbito nacional, posicionando-se como um Tribunal nacional de cassação ou revisão, à semelhança do que ocorre na França.

Deste modo, a Constituição de 1988, objetivando uma estrutura organizada de Judiciário e frente à necessidade de dar maior fôlego ao Supremo Tribunal Federal, eivando-o na qualidade de Corte Constitucional, criou o Superior Tribunal de Justiça, órgão que herdou competências antes dadas ao STF, bem como competências do Tribunal Federal de Recursos, notando-se a clara opção política no momento de sua formação, o que será melhor exposto no ponto abaixo.

5.7.1 – As discussões sobre a criação do Superior Tribunal de Justiça na Assembleia Nacional Constituinte.

A criação do Superior Tribunal de Justiça, como afirmado acima, foi a maior das inovações trazidas pela Constituição de 1988 e sua formação não se deu sem grandes discussões, tanto na Assembleia Nacional Constituinte como no mundo acadêmico.

Já em 1963, José Afonso da Silva (1963, p. 456), que teve atuação marcante na Assembleia Nacional Constituinte, ao lado do relator da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, apontava para a necessidade de criação de um tribunal aos moldes do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal Superior Eleitoral, com competência para decidir questões referentes ao direito comum, tributário federal, questões de interesse da União e matérias de direito penal militar.

Com a mesma visão, no ano de 1965, em mesa redonda sobre a reforma do Poder Judiciário, promovida pela Fundação Getúlio Vargas, juristas como o Ministro Themístocles

Brandão Cavalcanti, Miguel Seabra Fagundes, José Frederico Marques e Miguel Reale, et. al (1965, p. 136), concluíram pela necessidade de criação um novo Tribunal, o qual viria a abarcar competências tanto do Supremo Tribunal Federal como do Tribunal Federal de Recursos, tendo assim sido anotado no relatório aprovado:

6 – Orientou-se o debate nitidamente, por uma solução, que teve aceitação unânime, partindo da revisão da competência do Supremo Tribunal Federal, para colocar esta alta Corte em seu grande papel de instância constitucional, aliviando-a de encargos que poderíamos qualificar de secundários, se considerarmos o papel que deve desempenhar no sistema judiciário e constitucional.

7 – Por outro lado, a mesma alteração quanto à necessidade de revisão da competência era feita em relação ao Tribunal Federal de Recursos, a fim de assegurar o maior rendimento dos seus trabalhos aliviando o de algumas competências que não importem na retirada desta Corte da sua função própria e específica de Tribunal de Justiça Federal, ou melhor Tribunal de Apelação Federal.

8 – Reduzida a competência dos dois tribunais, restava decidir sobre o exercício dessa competência por outro Tribunal Federal.

9 – Decidiu-se, sem maior dificuldade, pela criação de um novo tribunal. As divergências sobre a sua natureza e o número de tribunais que a princípio suscitaram debates, pouco a pouco se encaminharam por uma solução que mereceu afinal o assentimento de todos. Seria criado um tribunal que teria uma função eminente como instância federal sobre matéria que não tivesse, com especificidade, natureza constitucional, ao mesmo tempo que teria a tarefa de apreciar os mandados de segurança e *habeas corpus* originários, os contra atos dos Ministros de Estado e os recursos ordinários das decisões denegatórias em última instância federal ou dos Estados.

Outro posicionamento doutrinário a favor de um novo órgão de tal magnitude na organização judiciária brasileira deu-se em 1985, quando Carlos Mário da Silva Velloso (1985, pp. 59-60), propôs a criação de três tribunais superiores:

6. Propõe-se, então, a instituição de três Tribunais Superiores: um de direito público, outro de direito privado e o terceiro de direito penal. O Tribunal Federal de Recursos seria o primeiro desses tribunais, incluindo-se na sua competência o direito constitucional, o direito administrativo, o direito financeiro, o direito tributário e o direito internacional público. O Tribunal Superior Civil julgaria questões relacionadas com o direito constitucional, o direito civil, o direito internacional privado e o direito comercial, inclusive propriedade industrial. E ao Tribunal Superior Criminal competiria o julgamento de causas criminais. Todos os três tribunais poderiam julgar a matéria constitucional.

7. Esses Tribunais Superiores (TFR, TSCiv. e TSCrim.) garantiriam a correta aplicação da lei federal e uniformizariam a jurisprudência dos Tribunais Federais e estaduais de segundo grau. Destarte, os citados Tribunais Superiores seriam competentes para conhecer e julgar, mediante recurso especial, as causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais Federais e estaduais de segundo grau, quando a decisão recorrida: a) contrariasse dispositivos da Constituição, ou negasse vigência de tratado ou lei federal; b) declarasse a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgasse válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; d) desse à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro tribunal, o próprio Tribunal Superior ou o Supremo Tribunal Federal.

8. As decisões desses Tribunais Superiores seriam, em princípio, irrecorríveis. Seria cabível, entretanto, o recurso extraordinário para o Supremo Tribunal das decisões: a) que contrariassem a Constituição; b) denegatórias de habeas-corpus; c) em manifesta divergência com a súmula do Supremo Tribunal Federal; 59 d) no caso de a questão federal ter sido considerada relevante pelo Supremo Tribunal.

9. O Supremo Tribunal Federal não sofreria diminuição com a instituição desses Tribunais Superiores. Ao contrário, sairia ele engrandecido com a reforma ora proposta. Porque cuidaria ele, no campo do direito comum, apenas das grandes questões, das questões federais por ele consideradas relevantes. E poderia o Supremo Tribunal assumir, por inteiro, a sua condição de Corte Constitucional. Teria, então, tal como ocorre com a Suprema Corte americana, um papel político relevante no sistema governamental⁸⁹.

Destarte, a criação de um Tribunal Superior que viesse a desafogar a pauta do STF, permitindo que este pudesse despender mais tempo na resolução das questões constitucionais, não era novidade, ao menos na doutrina, quando da redemocratização do país e da instalação da Assembleia Nacional Constituinte.

Por outro lado, na Comissão de Estudos Constitucionais nomeada pelo Presidente Sarney e no anteprojeto constitucional Afonso Arinos notava-se, na estrutura do Poder Judiciário, a existência do denominado Superior Tribunal de Justiça, previsto no artigo 281 e seguintes, ao qual eram atribuídas competências originárias e recursais, desde já presente no artigo 282, III, o processamento e julgamento de Recurso Especial:

III – julgar, em recurso especial, as causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais Federais Regionais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhe vigência;
- b) julgar válida lei ou ato do Governo local, contestado em face de lei federal; e
- c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe haja dado outro Tribunal, o próprio Superior Tribunal de Justiça, ou o Supremo Tribunal Federal. (BRASIL, 1986, p. 38)

Não obstante, como já mencionado supra, o anteprojeto Afonso Arinos, após ter sido apresentado à Presidência da República foi encaminhado ao Ministério da Justiça, onde ficou arquivado, motivo pelo qual a Assembleia Nacional Constituinte trabalhou sem qualquer tipo de texto base.

Durante as discussões da Assembleia Nacional Constituinte, seja na Subcomissão de Organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, seja na Comissão de Organização dos Poderes, ou ainda na Comissão de Sistematização, não foram poucos os debates sobre a

⁸⁹ Em texto publicado após a promulgação da Carta de 1988, Carlos Velloso (2013, p. 641), ressaltando o projeto para constituição de três tribunais federais, afirmou sobre a criação do Superior Tribunal de Justiça: “Basta que o regimento interno do atual STJ especialize três seções – uma de Direito Público, outra de Direito Privado e uma terceira de Direito Penal – para que tenhamos três Tribunais Superiores por nós preconizados em 1985”.

criação de um novo Tribunal Federal. Posições diversas foram levantadas acerca de sua necessidade, da função que desempenharia e das competências que lhe seriam fixadas.

Nesta senda, para se entender a formatação do Superior Tribunal de Justiça e como ele foi pensado pelos Constituintes, trechos de discussões travadas durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte são aptos a demonstrar a visão de tribunal que buscava se criar e qual seria seu papel na formação do Direito brasileiro.

Das atas das referidas Comissões, nota-se posicionamentos claros e favoráveis à redução das competências e das funções do Supremo Tribunal Federal, o que ensejaria o repasse destas tarefas a um novo órgão do Judiciário, como pode se aferir da fala do Constituinte Maurício Correa (1987, p. 105) durante a 9ª Reunião Ordinária da Subcomissão de Organização do Poder Judiciário e do Ministério Público:

Acredito, portanto, que é importante minimizar, ou melhor, atenuar as funções do Supremo Tribunal Federal, que se encontra sobrecarregado por uma série de atribuições, que poderão perfeitamente passar para o Superior Tribunal de Justiça. Mantenha-se portanto, o nome Supremo Tribunal Federal, e ele ficará, evidentemente, como uma Corte Constitucional, como querem muitos que defendem esse ponto de vista, sem evidentemente, violentar essa tradição que faz lei, no meu modo de entender.

Por outro lado, poucas não foram as resistências enfrentadas, seja por posições que viam no surgimento do STJ uma forma de mitigar e o papel do Supremo, seja por posições que não acreditavam na efetividade de uma nova Corte, como ficou explícito a partir da fala do então Presidente do STF, Ministro Sydney Sanches (1987, p. 22), quando, ao ser convidado a se manifestar em audiência pública, em 6 de maio de 1987, na Comissão de Organização dos Poderes e Sistemas de Governo, pontuou a contrariedade da Corte Suprema ante a proposta de criação nos moldes do Anteprojeto Afonso Arinos, pois a competência de um tribunal federal para reformar decisões advindas de um tribunal estadual comprometeria a autonomia dos Estados:

II.11 - Desaprova, por outro lado, a Corte a idéia de se criar um Tribunal Superior de Justiça (abaixo do Supremo Tribunal Federal), com competência para julgar recursos extraordinários oriundos de todos os Tribunais Estaduais do País." A Suprema Corte tem opinião contrária, por maioria, a esta idéia, porque "isso afetaria, sobremaneira, a autonomia das Justças Estaduais, que ficariam sob a jurisdição de um Tribunal Federal" este Tribunal Superior Federal "que não será um Tribunal de toda a Federação como a Corte Suprema". Será um Tribunal intermediário, sem força de Tribunal de Federação, e que reformará os acórdãos da Justiça, dos Estados, que teriam sua autonomia consideravelmente atingida. Esta foi a colocação da Corte. "E também essa Corte Judiciária", Tribunal Superior Federal, para julgar recursos originários dos Estados, "haveria de alcançar proporções gigantescas para dar conta de suas tarefas, com os graves inconvenientes já realçados" do gigantismo.

Outro ponto criticado pelo Ministro referia-se à formação de um tribunal cujo tamanho impediria a efetiva prestação jurisdicional, o que chamou de gigantismo, sendo clara que a visão sobre o Superior Tribunal de Justiça seria a de uma Corte de revisão, ou seja, uma verdadeira terceira instância, com recursos dotados de ampla recorribilidade, resguardando, inclusive, ao Supremo Tribunal Federal a competência para uniformizar a jurisprudência sobre o direito federal:

O Tribunal Federal de Recursos transformado em Tribunal Superior Federal, seria a 3ª instância, em matéria estritamente de direito como é a proposta do Supremo - na área da Justiça Federal, uma vez criados, em 2ª Instância, os Tribunais Regionais Federais. A proposta Afonso Arinos cria um Tribunal Superior que seria superior para a Justiça Federal e para a Justiça dos Estados. Acho que essa proposta seria ideal, se o Tribunal não tivesse que ter cem ministros. O problema é este. Há sempre gigantismo nos tribunais. Talvez se pudesse estabelecer cortes, cada qual na sua especialidade.

O Tribunal Superior de Justiça, a ser criado, seria a 3ª instância, em matéria estritamente de direito, na área da Justiça dos Estados. (Tribunais de Justiça e de Alçada).

Com sua natural sobrecarga de trabalho, teria de ser, inevitavelmente, um Tribunal com considerável número de ministros, distribuídos em Turmas Especializadas, limitando-se ao Plenário - isto seria uma solução para o gigantismo - a uniformização interna da jurisprudência, além da possível competência originária. Então, as turmas de ministros, pequenas, seriam especializadas. Só a uniformização seria matéria de Plenário. Assim, as reuniões do Plenário não seriam tão frequentes. Essa é que seria a maior dificuldade, mas a agilidade do Tribunal seria grande nas Turmas, pois cada uma toma a sua especialidade: tributária, administrativa, matéria penal, matéria civil e assim por diante.

Com esta proposta - penso eu - haveria certa uniformidade no Poder Judiciário, com três instâncias nos cinco campos de atuação, duas ordinárias e uma extraordinária. Atualmente, não há 3ª instância, nem na Justiça Federal, nem na Justiça dos Estados, a menos que se entenda o Tribunal Federal de Recursos como 2ª e 3ª Instâncias; na área dos Estados ainda não há.

E se mesmo assim não se alcançasse, nos Tribunais Superiores, uma jurisprudência uniforme em matéria de direito federal ou se conflitasse ela com a do Supremo Tribunal Federal, então, Sim justificar-se-ia o recurso a este último, para se obter uma uniformização a nível nacional. Enfim, a uniformização sobre direito federal a nível nacional poderia ser obtida junto ao Supremo Tribunal Federal pela via recursal somente em tais hipóteses ou quando houvesse dissídios com súmula ou com acórdão da Corte Suprema. (SANCHES. 1987, p. 27).

Desta forma, dentre as discussões para formação dos Tribunais de Cúpula no Brasil, por meio da Carta de 1988, notaram-se enormes divergências. Porém, ficou claro o apego da Assembleia Nacional Constituinte ao texto da lei e a um modelo de Estado Legalista, motivo pelo qual, conforme Zufelato (2015, p. 123), a criação do Superior Tribunal de Justiça e a configuração do Supremo Tribunal Federal ocorreram com o escopo de prover a tutela da legalidade, ou seja, com perfil de Cortes *“destinadas al control de la contitucionalidad y de*

la legislación infaconstitucional federal de las decisiones judiciales de instancias inferiores, como verdadera tercera instancia”.

Tal fato é nitidamente notado em entrevista concedida pelo Relator da Subcomissão de Organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, Plínio de Arruda Sampaio (2002), para o Memorial do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, em agosto de 2002, em que afirma que o Tribunal da Cidadania deveria atuar como Corte de Cassação:

O Superior Tribunal de Justiça de hoje seria uma Corte apenas para a cassação, para a uniformização da jurisprudência sobre a aplicação da Lei Ordinária. A idéia era que a competência constitucional ficasse difusa mesmo, na medida em que isso representaria garantia significativa para a democracia e para a cidadania.

Outrossim, a atuação dos Tribunais Superiores brasileiros como Cortes de Cassação, foi também constatada por Ovídio Baptista da Silva (1999, p. 145), em artigo para obra comemorativa dos 10 anos da criação do STJ:

Os tribunais superiores, de direito estrito, tiveram origem nos tribunais de cassação, criados em consequência da Revolução Francesa, tendo por fundamento a doutrina da divisão dos poderes, ou separação dos poderes, e, consequentemente, o princípio da supremacia do Poder Legislativo, como sua fonte exclusiva.

Em virtude de circunstâncias históricas conhecidas, esses tribunais, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, ficam no meio do caminho, muitas vezes oscilando entre um verdadeiro juízo de cassação, originariamente não jurisdicional, e uma terceira instância ordinária, alternativa esta última que se harmoniza com a submissão do direito brasileiro à burocratização da função judicial, a que serve o sistema de recursos, cuja vastidão não tem paralelo no mundo, além de ser altamente tolerante e permissivo.

Portanto, após todo o trâmite na Assembleia Nacional Constituinte e atendendo a uma reivindicação da doutrina, que datava da década de 1960, viu-se criada uma nova Corte na estrutura Judiciária brasileira, revestida de funções cassacionais, com competências originárias e recursais, carregando consigo parte das atribuições que antes eram conferidas ao Supremo Tribunal Federal e ao extinto Tribunal Federal de Recursos, as quais serão demonstradas no capítulo subsequente.

5.7.2 – A Reforma do Judiciário – Emenda Constitucional nº 45/2004.

Conforme demonstrado acima, a formação de uma nova estrutura judiciária pela Constituição de 1988 teve como escopo: i) dar maior independência ao Judiciário em face aos demais poderes; ii) dar maior celeridade aos feitos; iii) garantir à população, principalmente a

de baixa renda, o amplo acesso à jurisdição e; iv) diminuir a carga de trabalho dos magistrados a fim de possibilitar uma melhor qualidade da prestação jurisdicional.

Entretanto, já nos primeiros anos de vigência da Carta Constitucional cidadã, notou-se que não se havia logrado o sucesso esperado com a nova estrutura, persistindo a existência de um Judiciário moroso, caro, burocratizado, imprevisível e cada vez mais chamado a se posicionar sobre questões políticas.

Ademais, a extinção do Conselho Nacional da Magistratura pela Lei Maior, sem substituí-lo por qualquer órgão destinado a exercer as funções de Conselho de Justiça, ou seja, “órgãos colegiados, de composição plural, integrados na estrutura do Poder Judicial, que têm como função exercer a administração dos órgãos jurisdicionais, assegurando a autonomia e independência” (MENDES; COELHO BRANCO. 2012, p. 1071), somado à ineficiência da prestação jurisdicional, fez com que a discussão de uma reforma do Poder Judiciário ganhasse forma em 1992, por meio da Proposta de Emenda Constitucional nº 96, de iniciativa do Deputado Federal Hélio Bicudo, na época filiado ao PT/SP.

Essa PEC⁹⁰, embora não tenha trazido, de início, as principais matérias que foram objeto da Emenda Constitucional nº 45/2004, pode ser considerada seu embrião, porque propunha grandes alterações na estrutura do Poder Judiciário, tais como a criação de critérios específicos para promoção na magistratura, a alteração na forma de escolha dos ministros do STJ e STF e a estipulação de mandatos dos ministros de 9 anos com direito a uma recondução por igual período, entre outras (PAIVA. 2012, p. 2).

Dado o advento da Revisão Constitucional prevista pelo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para o ano de 1993, aquela Proposta converteu-se em Proposta de Emenda Revisional, cuja relatoria ficou sob o comando do Deputado Federal Nelson Jobim (PMDB-RS), sendo o Judiciário objeto nada menos do que 3.917 propostas de revisão (SADEK. 2004, p. 90).

Assim, em 1993, surgem discussões como o do efeito vinculante de súmulas aprovadas pelos Tribunais Superiores e a necessidade de instituição de órgão que tivesse

⁹⁰ Acerca das propostas trazidas pela PEC 96/1992, os Secretários da Reforma do Judiciário, Sérgio Renault e Pierpaolo Bottini (2005, p. 2) afirmaram: “Seu objetivo era alterar as regras de promoção e de organização interna do Poder Judiciário, conferindo maior segurança e transparência às decisões administrativas, especialmente aquelas relacionadas com as carreiras dos magistrados. Para tal, previa a participação institucional do Ministério Público nos concursos de ingresso para a magistratura, detalhava os critérios e as exigências para a promoção de juízes por merecimento ou antiguidade e impunha que a aquisição de vitaliciedade fosse auferida por um conselho especial, integrado por membros da magistratura, da OAB e do Ministério Público. A proposta original estabelecia, ainda, mandato de nove anos para os ministros do STF, extinguiu a aposentadoria compulsória para os ocupantes desses cargos e previa que a nomeação deles seria feita mediante lista tríplice, apresentada, ora pelo STJ, ora pela OAB, ora pelo Ministério Público. Regras similares deveriam valer para a escolha dos ministros do STJ.”

como escopo o controle do Poder Judiciário. Contudo, da primeira proposta de reforma até a efetiva aprovação da EC nº 45/2004, houve um grande caminho tortuoso, tendo a Relatoria de Propostas de Emenda com foco na reforma do Judiciário ficado a cargo de diversos deputados federais, de diferentes partidos, tais como Jairo Carneiro (PFL-BA), Aloysio Nunes Ferreira (PSDB-SP), Zulaiê Cobra Ribeiro (PSDB-SP), e, quando encaminhada ao Senado, o que se deu em junho de 2000, a então denominada PEC 29/2000 ficou sob a relatoria do Senador Bernardo Cabral (PMDB-AM).

Desta maneira, a reforma do Judiciário concretizada por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004 passou por uma longa gestação, sendo objeto de diversas discussões que buscavam atacar os mesmos pontos debatidos na Assembleia Nacional Constituinte, vez que o Judiciário continuava sobrecarregado, conseqüentemente, abarrotado de processos, e a população descrente na sua atuação e eficácia, motivo pelo qual a insatisfação com a morosidade na prestação jurisdicional foi novamente a força motriz para a propositura de mudanças.

De igual modo, com a explosão da litigância e o crescimento exponencial do número de recursos que aportavam no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, mudanças se tornaram necessárias, com intuito de desafogar o volume de trabalho, buscando maior qualidade na prestação jurisdicional.

Nesse sentido, no início da década de 1990, já era visível que as Cortes de Vértice encontravam-se sobrecarregadas e o gigantismo atingido por tais tribunais, fato alertado pelo Ministro Sydney Sanches quando de sua visita à Assembleia Nacional Constituinte, como se pode notar da explosão de feitos de competência originária e recursal encaminhados ao STF e STJ de 1989 a 2004, retratados no gráfico abaixo, do qual se pode aferir que o número de processos distribuídos no STJ no ano de 2004 é 35,29 vezes maior que o total de feitos a ele encaminhados no primeiro ano de seu funcionamento:

Tabela 1: Processos distribuídos no STJ de 1989 a 2004.

Ano	Processos Distribuídos
1989	6.103
1990	14.087
1991	23.368
1992	33.872
1993	33.336
1994	33.670
1995	68.576
1996	77.032

Ano	Processos Distribuídos
1997	96.376
1998	92.107
1999	118.977
2000	150.738
2001	184.478
2002	155.959
2003	226.440
2004	215.411

Fonte: BRASIL. 2015, p. 20

Gráfico 1 - Evolução dos processos distribuídos no STJ de 1989 a 2004

Fonte: BRASIL. 2015, p. 20.

A mesma situação também é facilmente notada quando se analisa os processos distribuídos no Supremo Tribunal Federal no período de 1990 a 2004, observando-se um aumento de ao menos 4 vezes o volume de trabalho:

Tabela 2 - Processos distribuídos no STF de 1990 a 2004

Ano	Processos Distribuídos
1990	16.226
1991	17.567
1992	26.325
1993	23.525
1994	25.868
1995	25.385
1996	23.883

Ano	Processos Distribuídos
1997	34.289
1998	50.273
1999	54.437
2000	90.839
2001	89.574
2002	87.313
2003	109.965
2004	69.171

Fonte: BRASIL. 2016.

Gráfico 2 - Evolução dos processos distribuídos no STF de 1990 a 2004.

Fonte: BRASIL. 2016

Nessa linha, o exponencial aumento do número de processos remetidos às Cortes Superiores e a clara constatação do seu gigantismo – elementos que moveram a reforma do Judiciário concretizada pela Emenda Constitucional nº 45/2004 – ocorreu, segundo Rodolfo Mancuso (2012, p. 27) pela soma de alguns fatores, quais sejam: i) um cenário de explosão da litigância, que tem como fatores a ampliação dos direitos e das garantias previstos no texto constitucional, ou seja, a vasta positivação de direitos individuais e coletivos⁹¹; ii) a emergente e complexa conflituosidade social; iii) a disseminada cultura demandista; iv) um

⁹¹ Sobre o aumento dos direitos garantidos pela Constituição Federal de 1988 e sua relação com o aumento de demandas no Judiciário, Maria Fernanda de Toledo Rodvalho (2014, p. 24) afirma: “[...] quando a Constituição amplia direitos, ao mesmo tempo, enfatiza a condição do Judiciário de prestador de serviços. Quando a prestação é falha – e haveria de ser, porque foram ampliados os direitos, e a estrutura não foi alterada –, a insatisfação social quanto a prestação se destaca. A deficiência na prestação de serviços é um dos vieses, talvez o mais óbvio e de mais fácil percepção, da chamada crise do Judiciário”.

Estado que busca solucioná-los por meio de uma Justiça massiva⁹²; e v) a falta de uma política judicial e com graves faltas de magistrados no exercício de suas funções.

Desta forma, novamente buscando dar maior celeridade processual e desafogar o Judiciário, a Reforma ocorreu depois de realizadas diversas alterações no texto que originariamente fora proposto, tendo a Emenda Constitucional nº 45/2004 sido aprovada no Congresso Nacional graças aos esforços empreendidos tanto pelo Executivo como pelo poder diretamente interessado, com a notável atuação do Ministro da Justiça Marcio Thomaz Bastos e do então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Nelson Jobim, atores que desempenharam papéis fundamentais na construção de uma sólida base para a aprovação (PAIVA. 2012, p. 13).

Nesta senda, em face ao longo trâmite da Proposta de Emenda no Legislativo, quando de sua promulgação, o Secretário de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, Sérgio Renault (2004) afirmou:

O Congresso Nacional promulga hoje a reforma constitucional do Poder Judiciário (EC 45/04), após treze anos de tramitação. É a alteração mais profunda realizada na estrutura do Poder Judiciário desde a entrada em vigor da Constituição de 1988. O longo período de discussões demonstra a complexidade dos temas tratados e a extensão da polêmica travada entre diversos setores envolvidos.

[...]

Hoje, esta sendo promulgada a reforma possível. É o primeiro passo na construção de um novo Judiciário, mais transparente, mais racional e mais moderno. Dizer que a alteração constitucional não resolve nada, é desconhecer a complexidade do processo de amadurecimento e de fortalecimento das instituições democráticas. Compreender as limitações da reforma é reconhecer que há muito a ser feito para que tenhamos uma justiça mais ágil e republicana.

Ainda sobre a Reforma do Judiciário, importante ser destacado que a promulgação da EC 45/2004 ocorreu no bojo de um projeto maior de reforma do Estado, tendo como antecessora cronológica a Emenda Constitucional nº 19/98⁹³, responsável pela reforma gerencial no Brasil, incluindo a eficiência como princípio da Administração (RODOVALHO. 2014, p. 20).

⁹² No mesmo sentido, Clara Moreira Azzoni (2009, pp. 11-12) aponta: “Nos últimos anos, diversos eventos colaboraram para o aumento do volume de litígios: a abertura da economia às importações e ao investimento estrangeiro, a privatização de empresas estatais, o crescimento demográfico, o processo de *massificação* da sociedade, como consequência da tutela dos interesses das minorias e dos interesses difusos e coletivos. Todos esses relevantes acontecimentos atingiram diretamente o Poder Judiciário, que passou a receber inúmeros litígios em razão do novo quadro político e econômico”.

⁹³ Sobre a Emenda Constitucional nº19/98, Bresser Pereira (1998, p. 257) afirma: “A partir de 1995, como o governo Fernando Henrique, surge uma nova oportunidade para a reforma do Estado, em geral, e do aparelho do Estado e de seu pessoal em particular. Essa reforma tem por objetivos: a curto prazo, facilitar o ajuste fiscal, particularmente nos estados e municípios, onde existe um claro problema de excesso de quadros; a médio prazo, tornar mais eficiente e moderna a administração pública, voltando-a para o atendimento dos cidadãos”.

Aprovada a Emenda 45, as reformas por ela trazidas podem ser divididas, segundo Maria Tereza Sadek (2004, p. 90) em dois grupos: i) as judiciais propriamente ditas e, ii) as extrajudiciais – contudo, tendo em vista o escopo do presente trabalho, tratar-se-á tão somente de dois pontos objeto da reforma e que acarretam de certa forma no papel desempenhado pelos Tribunais Superiores no Brasil: a introdução do instituto da Súmula Vinculante e a criação da repercussão geral como requisito de admissibilidade para o Recurso Extraordinário.

5.7.2.1 – Da Súmula Vinculante.

No que tange a Súmula Vinculante, que com a Reforma do Judiciário passou a ser prevista no art. 103-A da Constituição Federal, possibilitou-se ao Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, a aprovação de verbete, mediante decisão de dois terços de seus membros, revestido de caráter vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, direta e indireta, em todas as esferas do poder, sendo o intuito de tal alteração constitucional o de garantir a segurança jurídica, a uniformização da jurisprudência e o afastamento da multiplicação de processos repetitivos.

Nessa linha, a Súmula Vinculante é, segundo Mathias (2009, p. 323), construção do Direito brasileiro, que se encontra entre os assentos⁹⁴ da Casa de Suplicação⁹⁵ (instituto previsto nas Ordenações Filipinas) e dos prejudgados previstos no Código de Processo Civil de 1939, sendo diferente do *Restatement of Law* do Direito norte-americano e da doutrina do *stare decisis*.

Sua criação no ordenamento jurídico brasileiro foi objeto de antiga discussão, sendo que as posições contrárias à sua instituição se baseavam em uma possibilidade de engessamento do Direito, o que impediria inovações e o acompanhamento das mudanças sociais, sendo apontado, ainda, que o instituto afrontaria o princípio do livre convencimento motivado, tornando, em consequência, as decisões de primeira instância cópias de acórdãos.

⁹⁴ Ao traçar as características do instituto dos assentos no direito português Castanheira Neves (2014, p. 273-274) elenca as seguintes: “São essas características as que sabemos: no pressuposto de um conflito de jurisprudência, nos termos em que jurídico-processualmente este é definido, e para resolver *definitivamente*, enunciarão *obrigatoriamente* os supremos tribunais um critério normativo no modo de uma prescrição jurídica, a qual, tendo embora resultado da solução dada àquele conflito ou sendo a síntese dessa solução, passa no entanto a valer *para futuro* como *preceito normativo geral e abstracto* e dotado de “*força obrigatória geral*”.”

⁹⁵ Ao tratar das semelhanças das súmulas vinculantes com os assentos do direito português Schmitz (2015, pp. 317-318) afirma: “é possível assemelhar o instituto da Súmula vinculante aos “assentos”, do direito português, Os assentos eram verbetes editados pelas corte suprema, com força normativa geral e irrestrita, de forma muitíssimo semelhante a um texto de lei, com dimensão atemporal e genérica, projetados para o futuro”.

Sobre as ressalvas a criação do instituto em estudo, ao discutir o antigo relatório sobre o Poder Judiciário do então Deputado Federal Nelson Jobim, no qual já se fazia menção a um possível caráter vinculante das súmulas editadas pelos Tribunais Superiores, quando da Reforma Constitucional de 1993, em debate promovido pelo IDESP e organizado pela Professora Maria Tereza Sadek, Manoel Alceu Affonso Ferreira (2010 p. 63) assim se posicionou:

Essas súmulas vinculantes restringem esse direito. O juiz é obrigado a se curvar àquilo que o tribunal superior entendeu. Essa ressuscitação (perdoem-me o neologismo um tanto antivernaculo) dos acentos do velho direito lusitano a meu ver representam um retrocesso. Eu lastimo que um parlamentar do quilate do advogado Nelson Jobim tenha enxergado nesse expediente ou nessa fórmula uma maneira de enfrentar a morosidade judicial. Vale dizer, impetra-se jurisdição, a parte reclama, toma-se a Súmula 425 e se derruba.

Em posição oposta, favorável à implementação, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, Miguel Reale (1999, p. 143), em palestra comemorativa dos 10 anos de fundação de tal Tribunal, afirmou:

Entendo que, também, as súmulas do Superior Tribunal de Justiça não são súmulas abstratas estabelecidas para todo o sempre, e é este o receio da minha classe, a classe dos advogados, quando insistem na luta contra a súmula vinculante. Eu sou favorável à súmula vinculante, tanto no Supremo Tribunal Federal como nesta Alta Corte, não apenas por motivos de ordem pragmática, ou seja, para atender a mera economia de meios, mas também porque o Direito tem “horizontes de juridicidade”, que são comuns e imperativos a todos os graus de jurisdição, sem o que a experiência jurídica de um povo perderia o seu sentido unitário da compreensão do justo. Se as súmulas, em suma, forem permanentemente revistas, à vista do progresso da doutrina e do trabalho dos operadores do Direito, não haverá com elas estancamento da experiência jurídica, mas sim sua dinâmica e prudente concreção.

Por outro lado, já com o instituto da Súmula vinculante em vigor, dada a aprovação da Emenda Constitucional nº 45/2004, passaram a se notar críticas de outra natureza, notadamente quanto ao fato de que a partir do verbete não ser possível se aferir a *ratio decidendi*, ou seja, o cerne da discussão havida no Tribunal e os fatos que deram azo à aprovação da súmula, motivo pelo qual se tornaria mais efetiva a recepção da doutrina do *stare decisis*, e não adotá-la em retalhos, como bem observado por Queiroz Barboza (2014, p. 280):

[...] é possível defender que é mais coerente e seguro adotar a doutrina do *stare decisis* tal como foi construída nos sistemas de *common law*, do que adotá-la em retalhos como é o caso das súmulas vinculantes. Como as súmulas são apenas a síntese de um entendimento jurisprudencial, tão só da sua leitura não é possível identificar nem fatos importantes para o

juízo, nem a *ratio decidendi* que irá vincular os casos vindouros. Na prática, o que ocorre é que os julgadores não vão buscar a *ratio decidendi* nas decisões que deram origem à súmula e, portanto, pode ocasionar interpretações equivocadas a respeito do precedente.

Ainda sobre o instituto da Súmula Vinculante, deve-se se atentar que este, a rigor, não se confunde com o precedente, pois a normativa prevista no artigo 103-A da Constituição Federal de 1988 concede de imediato a força vinculante ao referido enunciado, formando-se assim de maneira “prospectiva”, ou seja, desde seu nascimento encontram-se a administração pública, direta e indireta, e o judiciário obrigados a se atentar ao comando apostado na Súmula aprovada, sob pena da decisão judicial ou do ato administrativo contrário ao teor sumular ser objeto de Reclamação dirigida diretamente ao STF, nos termos do artigo 103-A, § 3º da Constituição Federal.

Em situação diversa encontra-se o instituto do precedente nos países da *Common Law*, vez que sua natureza jurídica não é atribuída pela Corte que o prolata, mas surge de forma “retrospectiva”, isto é, somente após a reiterada utilização daquela decisão pelos demais tribunais ela terá adquirido o *status* de precedente⁹⁶.

Por fim, sobre a criação do instituto da Súmula Vinculante no Brasil, Michele Taruffo (2015, p. 137) afirma:

Ese enunciado no hace referencia a los hechos que están en la base de la cuestión jurídica afrontada, y en consecuencia no puede ser considerada como un precedente en sentido propio, sino solo como una decisión que explica la elección entre dos opciones interpretativas relativas a normas generales y abstractas. Su evidente función consiste en la eliminación de incertidumbres y conflictos en el ámbito de la jurisprudencia, asegurándole uniformidad.

Destarte, a criação do instituto, em que pese demonstrar uma valorização da Corte Suprema e de sua jurisprudência, não deve ser entendida como a adoção de precedentes no ordenamento jurídico nacional, porque, como já ressaltado, este se difere, tanto na sua formação como na sua aplicação, daquele.

⁹⁶ Sobre a formação retrospectiva do precedente e seu conceito, Michele Taruffo (2014, p. 4) afirma: “O precedente fornece a regra (universalizável, como já mencionado), que pode ser aplicada como um critério para a decisão no próximo caso concreto em função da identidade ou – como ocorre normalmente – da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso. Naturalmente, a analogia dos dois casos concretos não é dada *in re ipsa* e será afirmada ou refutada pelo juiz do caso posterior, dependendo se ele considerar preponderantes os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos. É, portanto, o juiz do caso posterior que determina se há ou não precedente e, então, - por assim dizer - “cria” o precedente”.

5.7.2.2 – Da Repercussão Geral.

Outra importante mudança introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e que impacta diretamente na função desempenhada pelos Tribunais de Cúpula foi a inclusão da repercussão geral entre os pressupostos de admissibilidade do Recurso Extraordinário, que teve como escopo, principalmente, diminuir o número de Apelos nobres que aportavam no Supremo Tribunal Federal, limitando a atuação, em referido recurso, a casos que envolvessem interesses que extrapolassem os subjetivos das partes.

Dada à explosão do número de recursos que chegavam às Cortes Superiores, neste caso especialmente ao STF, ganhou fôlego a proposta de introdução de um “filtro seletor” aos Recursos Extraordinários, o qual se distancia do conceito e finalidade do requisito da “relevância da questão federal”⁹⁷, que vigorou de 1975 a 1988, e que foi extinto quando da promulgação da Constituição Cidadã, sob os argumentos de que o instituto feria o princípio do devido processo legal, afrontando assim garantias apostas no novo texto constitucional⁹⁸ (COELHO. 2009, p. 80).

Nesse sentido, a inexistência de um filtro recursal apto a impedir que causas menores, sem interesses sociais, econômicos, políticos ou jurídicos que ultrapassem os subjetivos interesses dos litigantes envolvidos, fez com que, em face um enorme rol de direitos garantidos constitucionalmente, o Supremo Tribunal Federal se visse ainda mais

⁹⁷ Acerca do conceito de questão federal relevante, criado pela Emenda Constitucional nº 3/1975, revestia-se de caráter subjetivo, tendo sido enfaticamente debatido entre doutrinadores e magistrados quais seriam os requisitos necessários ao preenchimento do requisito de admissibilidade ao Recurso Extraordinário destinado ao Supremo Tribunal Federal, podendo-se afirmar, em suma, que se fazia necessário estar presente “noções de interesse público envolvido na causa a ser decidida pelo STF e a necessidade de que essa decisão produzisse reflexos que extravasassem a própria demanda, para atingir outros interesses além daqueles dos litigantes envolvidos, eram elementos frequentemente levados em consideração pelos doutrinadores para a compreensão do que seria uma questão federal relevante, autorizadora do cabimento do recurso extraordinário” (COELHO. 2009, p. 35).

⁹⁸ Sobre a distinção entre o requisito da relevância da questão federal e da repercussão geral, Araken de Assis (2014, p. 753) afirma: “A arguição de relevância funcionava como mecanismo de inclusão, tornando admissível o recurso originariamente inadmissível; a falta de repercussão geral da questão constitucional atua como elemento de exclusão do recurso. É flagrante que o instituto da repercussão geral filia-se à corrente do pragmatismo judiciário – a fonte de inspiração depõe neste sentido – e visa ao aprimoramento da atividade judicante do STF como corte constitucional. Ademais, a arguição de relevância dependia de instauração de incidente próprio no procedimento do recurso extraordinário, subordinando-se à iniciativa do recorrente que, desse modo, antecipava-se à alegação do recorrido ou à declaração *ex officio* da inadmissibilidade. Ao invés, a repercussão geral prescinde de incidente específico, cabendo ao STF examinar a existência dessa condição, preliminarmente, no âmbito do juízo de admissibilidade. O STF apreciava a arguição de relevância, distribuída independentemente do sorteio do relator, em sessão secreta, reunindo-se o tribunal em conselho, e publicava o resultado irrecorrível em ata, dispensada a motivação. Para avaliar a existência de repercussão geral, distribuir-se-á o recurso extraordinário a um relator, após a verificação das condições gerais de admissibilidade na origem. E a análise da repercussão geral há de ser motivada, em sessão pública, publicando-se o resultado através de súmula que valerá como acórdão (art. 543-A, § 7º, *in fine*)”.

sobrecarregado, como se nota do Gráfico 02 acima exposto, que demonstra um crescente aumento no número dos processos encaminhados ao STF, sendo que, em 2004, dos 69.171 feitos distribuídos, 26.540 eram Recursos Extraordinários, representando assim 38,36% do volume dos feitos (BRASIL, 2016).

Destarte, buscando conter os recursos que chegavam ao STF, bem como garantir que esta pudesse se pronunciar, com maior qualidade, sobre causas com alta relevância social, política, econômica e jurídica, e a fim evitar que este se revestisse na qualidade de terceira ou quarta instância, introduziu-se filtro seletor, com intuito de propiciar “mais tempo e recursos humanos e materiais para a Corte dedicar sobre as questões tidas por relevantes, como também para os demais processos que permanecem na sua esfera de competência” (TALAMINI. 2008, p. 25), permitindo uma melhor qualidade na atividade jurisdicional, condizente com a função a ser exercida pela Corte.

Buscando atingir tais finalidades – redução do número de recursos apreciados e julgados pelo Supremo e garantir que se pronuncie sobre apelos que ultrapassem os interesses subjetivos dos litigantes, atuando a partir do recurso da parte – a Emenda Constitucional nº 45/2004, introduziu ao artigo 102, III da Carta de 1988, o seu § 3º, o qual dispõe:

No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.

Desta forma, referida Emenda implementou requisito de admissibilidade, melhor disciplinado pela introdução, por meio da Lei 11.418/2006, do artigo 543-A ao CPC/1973, que, em seu § 1º, afirmava: “para efeito da Repercussão Geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”, determinando-se ainda que caberia às partes a demonstração de sua existência, a qual, na vigência daquele diploma, deveria ser feita em preliminar própria.

O conceito trazido pela citada lei, retomado no artigo 322 do Regimento Interno do STF e mantido no artigo 1035, § 1º, do CPC/2015⁹⁹, é claramente indeterminado, com vistas a não causar engessamento ao texto constitucional, possibilitando que STF atue com

⁹⁹ Sobre o teor do artigo 1.035 do CPC/2015, em que pese a natureza de conceito jurídico indeterminado, Luiz Guilherme Marinoni (2015a), lamenta que o Novo Código venha a definir hipóteses nas quais deve ser reconhecida a repercussão geral, afirmando: “Curiosamente, o novo CPC chega a definir quando o STF deve reconhecer a repercussão geral (art. 1035). Ora, a legislação processual deve passar longe do significado de repercussão geral, uma vez que cabe apenas e unicamente ao STF dizer quando está presente, nos termos da norma constitucional respectiva”.

discrecionariiedade ao decidir quais casos que devem ser julgados, o que deixa nítido o início de uma guinada nas funções desta Corte, pois a ampla recorribilidade, característica dos Tribunais de Cassação, e sua missão revisional, dá lugar a uma sistemática que o permite aferir quais casos carregam, em seu interior, um interesse público maior e podem, por meio da sua pronúncia, contribuir com o desenvolvimento do Direito.

Desta maneira, o conceito jurídico indeterminado da repercussão geral tem a intenção de deixar ao encargo do magistrado o preenchimento das questões de relevância e transcendência, fazendo com que se possa abarcar, quando do julgamento: i) fatores e elementos não originariamente previstos pelo legislador e que ficariam de fora do alcance da norma; ii) permitir uma maior durabilidade desta, dada a sua maior adaptabilidade e; iii) permitir que ela seja aplicada de forma mais justa em um mesmo tempo, mas em espaços diversos (WAMBIER. 2008, pp. 184-185).

Contudo, há divergência na doutrina sobre a natureza deste instituto, ou seja, se se reveste na qualidade de uma decisão política ou se tem caráter meramente jurídico.

Sobre esse tema, Arruda Alvim (2005, p. 82) entende que ele “se coloca como elemento prévio de avaliação política para a admissão propriamente dita do recurso extraordinário”, cabendo assim ao STF agir de forma discricionária, escolhendo os feitos que entende ser necessário ao julgamento, dada a relevância da questão constitucional versada no recurso, atuando, assim, em colaboração com o Poder Legislativo na construção e desenvolvimento do Direito.

Em sentido oposto, Bruno Dantas (2012, p. 240) assevera que, embora possa haver algum caráter político nas decisões do Supremo quando do julgamento da repercussão geral, vez que se permite ao STF definir uma linha política judiciária a ser adotada, a criação do conceito jurídico indeterminado pelo legislador não confere “natureza política ao processo cognoscitivo tendente a aferir a existência da repercussão geral”.

Acerca da natureza da decisão quanto ao tratado requisito de admissibilidade, parece cada vez mais claro que é política e recai sobre uma nova visão da estrutura judiciária brasileira, notadamente da guinada nas funções atribuídas aos Tribunais de Vértice, que deixam de ser meras cortes de revisão, como terceira ou quarta instâncias, para revestirem-se na função de Tribunais de interpretação e precedentes.

Nesse diapasão, deve-se ainda destacar a sistemática processual adotada pelo Novo CPC no que tange a repercussão geral e a possibilidade de desistência do Recurso Extraordinário, é tratada no artigo 998, parágrafo único: “a desistência do recurso não impede a análise da questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquele objeto de

recursos extraordinários ou especiais repetitivos”. Reforça, pois, a ideia de que não se atribui ao o Recurso Nobre a característica de direito subjetivo da parte em ver revista decisão que entende injusta (*jus litigatoris*), mas, sim, constitui meio pelo qual a Corte é provocada a se manifestar a respeito de matéria de interesse maior que os subjetivos desejos das partes, dando adequada interpretação ao direito (*jus constitutionis*).

Ademais, além da repercussão geral fundada na relevância e transcendência dos interesses versados no Extraordinário interposto, a legislação processual civil, tanto de 1973 como a de 2015, prevê ser presumida nos casos em que o acórdão impugnado contrarie súmula ou jurisprudência dominante do STF ou tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal nos termos do artigo 97 da Constituição Federal (art. 1035, § 3º, I e III, CPC/2015).

Assim, ao presumi-la em tais casos, vê-se, segundo Zufelato (2015a, p. 103), a clara ligação entre o filtro e a função precedendetal, afirmando o jurista sobre o tema:

[...] bastante emblemático da função de precedente que a repercussão geral guarda, é que essa estará sempre atendida *quando a decisão recorrida contrariar súmula*, ou seja, a higidez da interpretação do tribunal está em risco e portanto é automático o reconhecimento de existência de repercussão geral para evitar uma divergência jurisprudencial.

Desta forma, a adoção de um filtro recursal demonstra, ao menos quanto ao Supremo Tribunal Federal, o início de uma mudança de postura sobre o perfil do Tribunal de vértice, vez que, trazido no bojo da EC nº 45/2004, tem como fonte direta o *writ of certiorari* da Suprema Corte Americana – já analisado no capítulo 4 deste trabalho, que segundo Araken de Assis (2014, p. 754): “permite ao tribunal selecionar os casos de grande significação para nação e, ao mesmo tempo, limita o número de processos julgados pelo tribunal em cada ano judiciário”.

A respeito, Camilo Zufelato (2015, p. 125) afirma:

[...] en el ámbito del STF, otro mecanismo propio de la corte suprema creado por fuerza constitucional también por la Enmienda Constitucional Nº 45/2004 es la llamada *repercusión general*, entendida como “cuestiones relevantes del punto de vista económico, político, social o jurídico, que sobrepasen los intereses subjetivos de la causa” (art. 543-A, par. 1º, del Código de Proceso Civil), que actúa como verdadero filtro para la procedencia del recurso extraordinario; dicho de otro modo, significa que la controversia individual deberá tener elementos generales justificadores del análisis por parte del STF; si la cuestión fuese exclusivamente del interés de las partes, el STF no admitirá el recurso. Es, sin duda, la adopción del control sobre las materias que la corte juzgará, de forma semejante al *certiorari* de la *Supreme Court* norteamericana.

No Brasil, a inclusão desse requisito de admissibilidade também logrou sucesso em diminuir o número de recursos extraordinários distribuídos, como pode se notar da tabela e gráfico abaixo:

Tabela 3 - Recursos Extraordinários distribuídos de 1990 a 2014.

Ano	RE Distribuídos
1990	10.780
1991	10.518
1992	16.874
1993	12.281
1994	14.984
1995	11.195
1996	9.265
1997	14.841
1998	20.595
1999	22.280
2000	29.196
2001	34.728
2002	34.719
2003	44.478
2004	26.540
2005	29.483
2006	54.575
2007	49.708
2008	21.531
2009	8.348
2010	6.735
2011	6.388
2012	6.042
2013	3.805
2014	9.671

Fonte: BRASIL, 2016.

Gráfico 3 - Evolução dos Recursos Extraordinários distribuídos de 1990 a 2014

Fonte: BRASIL, 2016.

Sobre o tema, Taís Schilling Ferraz (2009, pp. 105-106) disserta:

Se é verdade que reduziram os recursos extraordinários e agravos de instrumento protocolados, autuados e distribuídos no STF – e esta diminuição foi substancial chegando à casa dos 60% -, cresceu a efetividade da jurisdição constitucional, seja pela quantidade de conflitos individuais solucionados com uma única decisão, seja pela quantidade de temas relevantes que tiveram espaço na pauta do plenário nos últimos anos e que foram avaliados na plenitude.

Esta redução na distribuição, portanto, não significa mera diminuição de carga de processo do Supremo Tribunal Federal, nem implica prejuízo da sua missão jurisdicional ou do acesso individual à Justiça. Revela, isto sim, uma nova forma de prestar jurisdição em matéria constitucional, assegurando às questões de relevância social, política, econômica e jurídica, um processo decisório rápido e plural, e, na sequência, maior disseminação dos efeitos desta decisão, de forma a garantir isonomia na aplicação das normas constitucionais”.

Entretanto, em que pese à redução da carga de trabalho do STF em razão da instituição da repercussão geral como requisito de admissibilidade, ele próprio reconheceu que não vem conseguindo julgar a contento tais recursos.

Hoje, encontram-se 320 repercussões gerais nele represadas, o que significa o sobrestamento de 1.405.519 processos nas demais instâncias do Judiciário e, considerando o tempo médio de julgamento, precisariam os Ministros de 12 anos para analisá-las, motivo pelo qual, após levantamento do problema pelo Ministro Teori Zavascki, deliberou-se que

propostas para agilizar o julgamento destes casos serão apresentadas na primeira sessão administrativa de agosto do corrente ano (SCOCUGLIA. 2016).

No que toca a imposição de um filtro seletor como requisito de admissibilidade, mesmo que tenha sido inicialmente proposto na PEC 96/1992 sua extensão ao Recurso Especial e ao Recurso de Revista, a Emenda Constitucional nº 45/2004 o instituiu tão somente para o Recurso Extraordinário, não prevendo instrumento para desafogar a carga de trabalho do STJ (FREITAS JUNIOR. 2014, p. 149).

Assim, a não criação de novo requisito de admissibilidade no bojo da dita Emenda levantou enormes críticas na doutrina, que se posicionou no sentido de que o Recurso Especial teria nascido do próprio Extraordinário, bem como pelo fato de que a partir da imposição da repercussão geral ao Recurso Extraordinário e não ao Especial, estaria se afirmando que existiriam questões constitucionais que não merecem ser apreciadas pelo STF e, por outro lado, que todas as questões infraconstitucionais federais teriam presumidamente repercussão geral, como afirma Arruda Alvim (2005, p. 68).

O que pode causar espécie é que – numa comparação – no plano do direito constitucional brasileiro haja questões constitucionais que não provoquem repercussão geral, ao passo que, no patamar relativo às questões legais de direito federal, todas elas provocam ou provocariam essa repercussão geral, dado que não resultou instituído – ou, ainda, não resultou instituído – esse sistema, ou análogo, para o STJ.

Dessa forma, sem um filtro recursal criado, o Superior Tribunal de Justiça, diferentemente do que ocorreu com o Supremo Tribunal Federal, não percebeu uma drástica redução no número de Apelos Especiais distribuídos:

Tabela 4 - Recursos Especiais distribuídos de 2002¹⁰⁰ a 2015.

Ano	REsp Distribuídos
2002	82.782
2003	126.473
2004	105.716
2005	93.353
2006	97.853
2007	104.219
2008	85.612
2009	75.600
2010	54.596

¹⁰⁰ O marco inicial na análise do número de Recursos Especiais distribuídos ao Superior Tribunal de Justiça é o ano de 2002, primeiro no qual a Corte lançou seu boletim estatístico, disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/sumario.asp>.

Ano	REsp Distribuídos
2011	70.422
2012	55.672
2013	65.110
2014	71.714
2015	67.856

Fonte: BRASIL. 2016.

Gráfico 4 - Evolução dos Recursos Especiais distribuídos de 2002 a 2015.

Fonte: BRASIL. 2016.

Cumprir destacar que em que pese se constatar uma redução no número de Recursos Especiais interpostos, não se nota qualquer alteração legislativa a que se possa reputar tal fenômeno. Acredita-se que a diminuição em comento tenha ocorrido devido à injusta prática que se lastreou pelo tribunal, que veio a ser denominada jurisprudência defensiva.

Essa jurisprudência defensiva nada mais é que a imposição ao jurisdicionado de condições de admissibilidade não previstas em lei, a fim de afastar a apreciação do mérito dos recursos interpostos, impedindo, assim, seu acesso ao Tribunal de Vértice, na tentativa de não deixar o STJ se transformar em mera terceira instância.

Cruz e Tucci (2014), ao versar sobre o tema, aponta que os óbices impostos por tal conduta surgem como frutos de uma construção engenhosa, que de certa forma guardam alguma ligação com a hermenêutica das regras do processo, mas que, em suas palavras: “não têm qualquer razão plausível para subsistirem no âmbito de um ordenamento jurídico civilizado, comprometido com a efetividade da tutela jurisdicional”.

Na mesma esteira, a fim de conceituar referido fenômeno, Oliveira Junior, Vasconcelos Roque, Fernando Gajardoni e Luiz Dellore (2013) assim o definem:

A jurisprudência defensiva consiste, grosso modo, em um conjunto de entendimentos — na maioria das vezes sem qualquer amparo legal — destinados a obstaculizar o exame do mérito dos recursos, principalmente de direito estrito (no processo civil, Recursos Extraordinário e Especial) em virtude da rigidez excessiva em relação aos requisitos de admissibilidade recursal.

Assim, a não criação de um filtro recursal, aos moldes da repercussão geral, criou uma forma injusta de impedir que recursos cheguem ao Superior Tribunal de Justiça, ceifando o direito de acesso à justiça por meio de um emaranhado de armadilhas, jurisprudencialmente criadas e apegadas a um formalismo oco.

Desta feita, a criação de filtro recursal que permita ao STJ escolher os casos que devem ser apreciados se faz necessário, seja para se colocar um fim a pratica da famigerada jurisprudência defensiva, seja para possibilitar que o Tribunal atue como verdadeira Corte de interpretação e precedentes, e não como órgão revisor aberto à ampla recorribilidade, motivo pelo qual não se pode concordar com Eduardo Talamini (2008, p. 85), quando disserta sobre a desnecessidade de instrumento para análise dos Recursos Especiais:

O Superior Tribunal de Justiça foi concebido e opera como tribunal com grande número de membros. Haveria uma enorme dificuldade para o desenvolvimento de diretrizes uniformes e objetivas acerca da repercussão geral. Isso é algo mais consentâneo com uma corte suprema, com pequeno número de membros e, portanto, maior aptidão para funcionar em tribunal pleno.

Ora, embora a composição do Superior Tribunal de Justiça contar com 33 Ministros, tal fato não impediria a deliberação sobre repercussão geral, vez que tais decisões poderiam ser tomadas nas seções especializadas, o que tornaria célere o procedimento e ainda beneficiaria o Tribunal com a redução no número de processos, possibilitando o desempenho de funções que não sejam de mera revisão de decisões que tenham como finalidade garantir o subjetivo interesse das partes.

Posto isto, compartilha-se da visão de Daniel Mitidiero (2013, p. 98) de que se faz necessário, para que o Superior Tribunal de Justiça exerça as funções constitucionais que lhe foram atribuídas – explanadas no capítulo seguinte, que seja criado um filtro seletor ao Recurso Especial, vez que:

“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 partir daí poderá o Superior Tribunal de Justiça valer-se de *forma integral e constante do critério teleológico* para justificar sua atuação. Da mesma maneira como ocorre com o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça terá condições de *selecionar* os casos que deve enfrentar 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 unidade do Direito infraconstitucional federal”

Na mesma linha, Marinoni (2015a), afirma:

No STJ é inevitável uma modalidade de “repercussão geral”. A menos que se deseje impedir a Corte de exercer o seu papel de Corte Suprema, ou seja, de definir o sentido do direito e desenvolvê-lo de acordo com as necessidades sociais. Há que se decidir, de uma vez por todas, se é preciso oferecer mais um recurso para todos ou se é melhor ter uma Corte com condições de colaborar para o desenvolvimento do direito. Hoje, a resistência a algo similar a repercussão geral no STJ só pode ser resultado da ignorância ou de interesses egoísticos de setores que desejam manipular as decisões dos juízes e tribunais ordinários à custa da indeterminação do direito numa Corte que, por não poder se comportar como Suprema, vê-se obrigada a atuar como um grande tribunal de apelação.

Atentos à situação de sobrecarga do STJ, que o impede de atuar como verdadeiro tribunal de vértice e o faz criar mecanismos injusto com intuito de reduzir o volume de recursos que lhe são dirigidos, os Deputados Rose de Freitas (PMDB/ES) e Luiz Pitiman (PMDB/DF) apresentaram a Proposta de Emenda Constitucional nº 209/2012, a qual prevê a inserção do parágrafo 1^a ao artigo 105 da Constituição Federal (SÁ, 2014, p. 88), nos seguintes dizeres:

§ 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.

Há, também, no Senado Federal, proposta semelhante, de iniciativa do Senador Ricardo Ferraço (PMDB/ES): a PEC 17/2013, que da mesma forma sugere a inserção de parágrafo primeiro ao artigo 105 da Constituição Federal, mas nos seguintes termos:

§ 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 da Corte Especial.

Entretanto, não se notou ainda a introdução de filtro recursal, aos moldes da repercussão geral, que atinja o Recurso Especial.

5.7.2.3 – Do impacto da Emenda Constitucional nº 45/2004 na valorização da jurisprudência e na função dos tribunais de vértice.

As reformas acima mencionadas trazidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004 retomaram a discussão sobre o direito jurisprudencial no Brasil¹⁰¹ e a função dos tribunais superiores como Cortes destinadas à interpretação do Direito e à formação de precedentes. Entretanto, apesar da tentativa de reestruturação do Judiciário brasileiro ter voltado as atenções para o papel da jurisprudência como fonte do Direito e elemento apto à fundamentação de decisões judiciais, tal fato não constitui novidade para doutrina e para os próprios tribunais, tendo Barbosa Moreira (2007, p. 300), ao versar sobre o tema, lecionado:

A jurisprudência nunca perdeu por completo o valor de guia para os julgamentos. Ainda onde se repeliu, em teoria a vinculação dos juízes aos precedentes, estes continuaram na prática a funcionar como pontos de referência, sobretudo quando emanados dos mais altos órgãos da Justiça.

Nesse sentido, a valorização da jurisprudência no Brasil pós 1988, deu-se a partir do momento em que se verificou a existência da falta de uniformidade das decisões prolatadas pelos diversos tribunais, o que saltou aos olhos quando da reforma do judiciário, motivo pelo qual se seguiu, de forma gradual à promulgação da EC nº 45/2004, a adoção de diversos instrumentos processuais que elevaram o papel da jurisprudência pátria, tais como o julgamento antecipadíssimo da lide (Lei nº 11.277/2006), a súmula impeditiva de recurso (Lei nº 11.276/2006) e a disciplina do julgamento de recursos repetitivos (Lei nº 11.672/2008), culminando na adoção do Novo Código de Processo Civil.

Nessa linha, sobre as mudanças legislativas que revelam uma maior importância aos precedentes no sistema jurídico brasileiro e à consequente mutação das funções dos Tribunais de Cúpula, Camilo Zufelato (2015, pp. 124-125) afirma:

No obstante, en los últimos años, en la última década, hubo una verdadera explosión de recursos frente a estos tribunales de vértice, haciéndose necesaria la intervención por varios frentes para intentar contener el elevadísimo número de recursos, sea por medio de técnicas de restricción en la procedencia del recurso (v.g., repercusión general de la cuestión constitucional en el recurso extraordinario) sea por medio de técnicas de potencialización del alcance del juzgamiento de los recursos individuales (v.g. recursos repetitivos y *súmula* vinculante ante el STF).

¹⁰¹ Sobre o direito jurisprudencial no Brasil e o ressurgimento de sua discussão com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, Leonardo Ziesemer Schimitz (2015, p. 306) afirma: “o interesse da comunidade jurídica brasileira no tema [direito jurisprudencial], no entanto, acentuou-se exponencialmente com a promulgação da Emenda Constitucional nº45/2004, que ao idealizar a “reforma” de estruturação do Poder Judiciário, pôs em evidência o cenário caótico em que a jurisprudência brasileira se encontra”.

Esas experiencias recientes dejan claro que está en curso un cambio paradigmático en el escenario de acceso a los tribunales de vértice en el Brasil, retirando la mayor importancia de aquello que es caracterizado como un derecho subjetivo de la parte para ver su causa juzgada por estas cortes.

Contudo, sua utilização como fonte do Direito e, conseqüentemente, meio de se fundamentar decisões, gera grandes discussões na doutrina, a qual se posiciona com receio frente à formação de uma “cultura de ementas”, representada por uma importação, sem a devida sistematização e coerente estruturação da teoria das decisões jurídicas, de institutos da *Common Law*, com o simples intuito de se dar uma pretensa uniformidade ao Direito (SCHMITZ. 2015, p. 309), o que culminaria na utilização de simples ementários e de verbetes sumulares, e não na busca da *ratio decidendi*, como instrumentos de argumentação e fundamentação.

Assim, tem-se que a jurisprudência vem ganhando destaque no sistema jurídico brasileiro, seja pelas alterações constitucionais e legais, notadamente a adoção de uma nova sistemática processual civil, seja pela própria compreensão das Cortes Supremas de seu papel no sistema judiciário nacional, bem como, e principalmente, pelos juízes de instâncias inferiores, que tendem a enxergá-la como parte integrante do fenômeno jurídico e instrumento útil para demonstrar, de forma didática, o comportamento de um determinado tribunal (SCHMITZ. 2015, p. 311).

Destarte, poucos não foram os debates acerca da criação ou não da súmula vinculante e da repercussão geral, da natureza de tais institutos e do impacto da introdução destes no Direito brasileiro, o que demonstra que ainda pulsa na doutrina e na jurisprudência uma forte discussão sobre qual o papel do magistrado, notadamente dos Ministros dos Tribunais Supremos, isto é, se cabe a ele a mera aplicação do texto legal, revestindo-se na posição de “boca da lei”, ou se é competente para promover o desenvolvimento do Direito no momento em que prolata sentença.

A resposta ao questionamento acima necessariamente passa pela análise de qual a função a ser desempenhada pelas Cortes de Vértice, para que, com base nas alterações constitucionais, legislativas e da autocompreensão dos próprios tribunais, possa se verificar uma possível guinada no papel desempenhado pelos Tribunais de Cúpula brasileiros na formação e criação do Direito.

Todavia, cumpre destacar, desde já, que se concorda com Castanheira Neves (2014, p. 646), que não cabem mais aos tribunais de cúpula a mera função revisional, ou seja, a atuação aos moldes do modelo cassacional francês, como bem apostado no trecho abaixo transcrito:

Os tribunais supremos não podem mais pensar-se institucionalmente como órgãos apenas de garantia da lei na aplicação judicial do direito – como instâncias propostas simplesmente a controlar a legalidade das decisões jurisdicionais, e assim não directamente comprometidos com a função jurisdicional, mas acima dela e com uma função de outra natureza. Pelo contrário, os supremos tribunais vêm-se hoje, e são e são universalmente entendidos pelo pensamento jurídico, integrados na jurisdição, e não só institucionalmente, mas sobretudo funcionalmente. Numa palavra, a sua função deixou de ser tão só cassatória, para passar a ser rigorosamente jurisdicional – e isto mesmo naqueles sistemas jurídicos em que o Supremo Tribunal ainda matém a designação de “tribunal de cassação”.

Para tanto, o próximo capítulo se debruçará sobre a composição, competências, funções e o local do Superior Tribunal de Justiça na organização judiciária brasileira, buscando esclarecer como a Corte, que fora criada aos moldes da Cassação francesa, passa a ser instrumento de desenvolvimento do Direito nacional.

6 - O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO MODELO JURISDICIONAL CONSTITUCIONAL

O Judiciário brasileiro, conforme explanado no capítulo anterior, organiza-se de forma complexa, o que se dá na intenção de racionalizar a divisão do trabalho, buscando, a partir da coexistência de órgãos especializados e comuns, a eficácia e eficiência no desempenho da função jurisdicional.

Na estrutura judiciária nacional encontram-se, acima dos juízos de primeira instância, os Tribunais de Justiça Estaduais e Regionais Federais, que são órgãos superiores destinados a atuarem no julgamento de recursos interpostos contra decisões inferiores, cabendo ainda a estes o desempenho de algumas competências originárias.

Ademais, existem ainda os denominados órgãos de sobreposição – Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal –, que não se enquadram nem junto à justiça estadual nem à federal, sendo órgãos dotados de competências originárias e recursais, as quais se dividem em ordinárias e extraordinárias.

Neste sentido, já tendo sido demonstrada a organização judiciária brasileira na Constituição de 1988, os motivos que levaram a criação do STJ na Carta Cidadã, bem como os elementos que impulsionaram a reforma do Poder Judiciário, destacando-se que as alterações constitucionais e infraconstitucionais vêm acenando para uma mudança no papel desempenhado pelas Cortes de Vértice, passa-se a analisar de forma mais detalhada os moldes nos quais se encontra estruturado o Superior Tribunal de Justiça, sua composição, competência e sua função no ordenamento jurídico nacional.

6.1 – Composição, organização interna e volume trabalho.

Criado no bojo da Constituição de 1988, o Superior Tribunal de Justiça encontra-se sediado no Distrito Federal e tem competência, conforme artigo 92, parágrafo único da Constituição Federal, sobre todo território nacional.

Ao dissertar sobre o STJ, Cintra, Grinover e Dinamarco (2013, p. 213) apontam que a Corte constitui uma inovação da Constituição de 1988 no que tange à organização judiciária brasileira, vez que o Tribunal foi pensado para exercer a justiça comum, cabendo-lhe atuar somente nas causas regidas pelo direito substancial comum, não lhe sendo atribuído o poder

de resolver causas que tragam em seu bojo ramos jurídico-substanciais especiais, tais como o direito eleitoral, trabalhista e penal militar.

No que se refere a sua formação, a Corte é composta por no mínimo trinta e três Ministros, sendo um terço destes nomeados entre juízes dos Tribunais Regionais Federais, outra terça parte advém dos Desembargadores dos Tribunais de Justiça e a parte restante é composta por membros do Ministério Público e advogados, o que demonstra sua formação heterogênea, encontrando-se os 33 Ministros que hoje compõem a Corte auxiliados por 1.475 assessores.

No que tange aos gastos para a manutenção do Tribunal, tem-se que no ano de 2014 a Corte consumiu o total de R\$ 1,1 bilhão, o que representa 0,02% do Produto Interno Bruto nacional, sendo que 89,7% deste valor é destinado ao pagamento de pessoal, custando o total de R\$ 5,42 por habitante (BRASIL. 2015, p. 445).

Sua estrutura interna encontra-se disciplinada no Regimento Interno da Corte, que prevê em seu artigo 2º, I, a existência do Plenário e de uma Corte Especial formada pelos 15 Ministros mais antigos e presidida pelo Presidente do Tribunal. A fim de racionalizar a atividade jurisdicional desempenhada, os Ministros encontram-se divididos em 3 Seções especializadas, conforme artigo 9º do RISTJ, as quais são subdivididas em 2 Turmas compostas por 5 Ministros.

Desta forma, com base no Regimento Interno do STJ, compete à 1ª Seção o julgamento de matérias de direito público, com ênfase em questões tributárias (artigo 9º, § 1º do RISTJ); a 2ª Seção se atém ao julgamento de matérias relativas ao direito privado (artigo 9º, § 2º do RISTJ) e à 3ª Seção cabem às causas penais (artigo 9º, § 3º do RISTJ), conforme demonstrado no organograma abaixo:

Figura 7 - Organização interna do Superior Tribunal de Justiça

Fonte: BRASIL. 2013a, p. 7.

A nomeação dos Ministros dá-se por meio de indicação da Presidência da República após aprovação da escolha por maioria absoluta do Senado Federal, sendo requisitos obrigatórios a serem preenchidos pelo indicado: ser brasileiro com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco, gozar de notório saber jurídico e reputação ilibada.

Ainda na estrutura do Tribunal da Cidadania estão alocadas a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, que tem como função regulamentar os cursos oficiais para o ingresso e promoção na carreira, bem como o Conselho da Justiça Federal, órgão responsável pela supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal, dotada de poderes correicionais, cujas decisões detêm força vinculante.

No que toca ao volume de trabalho dos Ministros do STJ, como já narrado nesta dissertação, tem-se um verdadeiro congestionamento na Corte, o que é facilmente notado pelos números que seguem: o Tribunal iniciou suas atividades em 2014 com 351.450 processos em estoque; recebeu no mesmo ano o total de 325.855 novos casos, tendo sido baixados 285.507 processos e prolatadas 390.052 decisões terminativas (BRASIL. 2015, p. 448).

Os dados lançados para o primeiro semestre forense de 2016 não demonstram melhora no volume de trabalho da Corte. Aponta-se para a existência, em 27 de junho de 2016, de um

estoque de 339.251 processos e um aumento de 20% no número de feitos recebidos em relação a igual período em 2015 (BRASIL. 2016a).

O número de julgamentos também demonstra o gigantismo do Tribunal, tendo sido informado pela própria Corte que, até 1º de julho de 2016, haviam sido julgados 223.167 processos, divididos em 181.709 decisões monocráticas e 41.458 decisões proferidas pelas Turmas, Seções e Corte Especial (BRASIL. 2016a).

Trabalhando com os números de 2013, que não muito diferem das cifras acima apresentadas, vez que os 33 Ministros e assessores julgaram mais de 300.000 processos naquele ano, Marcelo Pacheco Machado (2015) partilha da ideia de existência de uma crise no STJ, afirmando:

Trinta e três seres humanos (ajudados por 1.475 assessores) julgam em nove meses úteis e meio de trabalho (considerando os 2 meses de férias e recesso forense), mais de 300 mil processos.

A matemática parece nos retratar com maior fidelidade a situação: cada ministro, caso não perdesse um segundo sequer de trabalho, nem pra tomar um cafezinho, teria demorado, no ano de 2013, menos de 10 minutos para analisar cada processo a que lhe coube relatar. Sem falar ainda em pedidos de vista, revisões, etc. Além do tempo gasto em sessões de julgamento, atendimento de advogados e funções administrativas.

Ora, a situação é crítica, diria talvez tão crítica que, se fosse um tema literário, mais proximamente estaria da sátira.

Portanto, é notória a crise numérica que atinge o Superior Tribunal de Justiça, que se vê aberto à ampla recorribilidade, vez que não lhe foi instituído um filtro seletor de recursos, o que torna difícil o exercício de suas funções constitucionais, notadamente de interpretar o texto legislativo infraconstitucional federal, orientando a sociedade e o próprio Judiciário, eis que nem mesmo se nota na sua jurisprudência unicidade, estabilidade e coerência, encontrando-se, sem muito esforço, decisões diametralmente opostas.

Nessa linha, dado o caos existente na Corte, nota-se que nem mesmo seus Ministros sabem quais são os precedentes firmados, como julgam determinadas Turmas e Seções, o que causa uma enorme insegurança e a formação de uma jurisprudência cambiante.

Sobre a falta de consistência da jurisprudência firmada pelo STJ e sua constante mudança sem a devida fundamentação, ou seja, sem que sejam observadas, de forma pormenorizada, os elementos que levam à superação de determinado entendimento, o Ministro Humberto Gomes de Barros, ao apresentar Voto-Vista no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 382.736/SC, destacou sua infelicidade ao verificar que o Tribunal não seguia seus precedentes, gerando insegurança ao jurisdicionado, afirmando:

Nós somos os condutores, e eu - Ministro de um Tribunal cujas decisões os próprios Ministros não respeitam - sinto-me, triste. Como contribuinte, que também sou, mergulho em insegurança, como um passageiro daquele vôo trágico em que o piloto que se perdeu no meio da noite em cima da Selva Amazônica: ele virava para a esquerda, dobrava para a direita e os passageiros sem nada saber, até que eles de repente descobriram que estavam perdidos: O avião com o Superior Tribunal de Justiça está extremamente perdido. Agora estamos a rever uma Súmula que fixamos há menos de um trimestre. Agora dizemos que está errada, porque alguém nos deu uma lição dizendo que essa Súmula não devia ter sido feita assim¹⁰².

Nas praias de Turismo, pelo mundo afora, existe um brinquedo em que uma enorme bóia, cheia de pessoas é arrastada por uma lancha. A função do piloto dessa lancha é fazer derrubar as pessoas montadas no dorso da bóia. Para tanto, a lancha desloca-se em linha reta e, de repente, descreve curvas de quase noventa graus. O jogo só termina, quando todos os passageiros da bóia estão dentro do mar. Pois bem, o STJ parece ter assumido o papel do piloto dessa lancha. Nosso papel tem sido derrubar os jurisdicionados. (BRASIL. 2003, p. 21).

Desta forma, para que se possa analisar as funções da Corte e como estas podem ser realizadas de forma eficaz, sem a invenção, por meio de uma jurisprudência defensiva, já tratada no capítulo anterior, de injustos expedientes processuais que indevidamente limitem o acesso à Corte, importante a análise de suas competências originárias e recursais, sejam elas advindas das atividades antes exercidas pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo extinto Tribunal Federal de Recursos, as quais se encontram disciplinadas no artigo 105 da Constituição Cidadã e que serão abaixo analisadas.

6.2 – Competências do Superior Tribunal de Justiça

As competências atinentes ao Superior Tribunal de Justiça encontram-se arroladas no artigo 105 da Constituição Federal, as quais podem ser divididas em competências originárias e recursais.

As competências originárias vêm dispostas no inciso I do artigo 105, nos seguintes termos:

a) nos crimes comuns, os Governadores dos Estados e do Distrito Federal, e, nestes e nos de responsabilidade, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os membros dos

¹⁰² Acerca da alteração de entendimentos pelo Superior Tribunal de Justiça, como já afirmado neste trabalho, tal prática é saudável, sendo indispensável a um sistema de precedentes a existência dos institutos do *distinguishing* e *overruling*, vez que somente assim não se estará freando o desenvolvimento do direito e o acompanhamento das alterações sociais. Todavia, o que se busca demonstrar com o trecho do Voto do Ministro Humberto Gomes de Barros é a caótica situação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e como a Corte desrespeita os próprios entendimentos por ela firmados.

Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais;

b) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de Ministro de Estado, dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica ou do próprio Tribunal;

c) os *habeas corpus*, quando o coator ou paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea "a", ou quando o coator for tribunal sujeito à sua jurisdição, Ministro de Estado ou Comandante da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;

d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o", bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;

e) as revisões criminais e as ações rescisórias de seus julgados;

f) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões;

g) os conflitos de atribuições entre autoridades administrativas e judiciárias da União, ou entre autoridades judiciárias de um Estado e administrativas de outro ou do Distrito Federal, ou entre as deste e da União;

h) o mandado de injunção, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal;

i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias.

Dentre as competências originárias, destaca-se a possibilidade de manejo da reclamação, prevista na alínea 'f', a qual ganha novo regramento no Código de Processo Civil de 2015 e que tem como finalidade a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do STJ. Além disso, importante ressaltar a inclusão da alínea 'i', pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que transferiu do STF ao STJ a competência para homologar sentenças estrangeiras e conceder *exequatur* às cartas rogatórias.

Já as competências recursais do Tribunal podem ser divididas em duas frentes: a primeira delas atinentes aos casos em que comportam recursos ordinários e a segunda aos recursos de natureza excepcional.

No que tange aos casos que comportam recursos ordinários, a Corte atua na função revisora, encontrando-se as hipóteses de cabimento destes apelos previstas nas alíneas do inciso II do artigo 105 da Constituição Federal e também nos artigos 1027 e 1028 do CPC, restringindo-se a casos extremamente específicos, elencando como passíveis destes recursos as decisões proferidas em remédios constitucionais – *habeas corpus* e mandados de segurança –, ou sobre matérias de interesse público, quando envolvem na lide pessoas jurídicas de direito público internacional e municípios ou pessoas residentes ou domiciliadas no Brasil, encontrando-se assim disposto no texto constitucional:

II - julgar, em recurso ordinário:

- a) os "habeas-corpus" decididos em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão for denegatória;
- b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;
- c) as causas em que forem partes Estado estrangeiro ou organismo internacional, de um lado, e, do outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País.

Já quanto aos recursos de natureza excepcional, o Superior Tribunal Federal, em clara assunção de competência que antes da Constituição de 1988 era atribuída ao Supremo Tribunal Federal, tornou-se competente para processar e julgar, por meio de Recurso Especial – art. 105, III da Constituição Federal –, causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais, que: i) contrariem ou neguem vigência a tratado ou lei federal; ii) julgue válido ato de governo local em face de lei federal e; iii) der a lei federal interpretação diferente da que já fora atribuída por outro tribunal, desempenhando assim a tarefa de *ser defensor da lei federal e unificador do direito* (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. 2013, p. 213).

Nesse sentido, em que pese ser o Recurso Especial instrumento para que o Superior Tribunal de Justiça exerça a tarefa de unificar o direito, dada a divisão de trabalho entre Turmas, Seções e Corte Especial, importante se torna a existência de expediente processual apto a sanar eventuais posições opostas adotadas pelos seus órgãos fracionários, o que se dá por meio dos denominados embargos de divergência, instituto previsto nos artigos 1043 e 1044 do Novo CPC.

Assim, sendo o Recurso Especial e os Embargos de Divergência instrumentos pelos o quais o Superior Tribunal de Justiça pode exercer funções de guardião da lei federal e unificador do direito, tais institutos merecem, para que se atinjam os objetivos deste trabalho, serem tratados de forma mais detalhada, a fim de se verificar se o Superior Tribunal de Justiça é apto a desempenhar tanto o papel de Corte voltada à *tutela da legalidade*, agindo de forma reativa, atuando quando já ocorreu a violação do direito e com o escopo de eliminar tal transgressão, como a função de *promoção da legalidade*, agindo de forma proativa, vez que sua decisão terá como finalidade irradiar efeitos futuros no sentido de prevenir violações à lei, como incentivar a evolução e transformação do Direito (TARUFFO. 2011, pp. 14-15).

6.2.1 – Recurso Especial

Diferentemente do que se nota quanto ao recurso ordinário previsto no inciso II do artigo 105, o Recurso Especial reveste de total excepcionalidade. Nesta linha, sobre a natureza excepcional do apelo nobre, em contraposição aos recursos ordinários, Cássio Scarpinella Bueno (2013, p. 235) afirma:

[...] aqueles [Recursos Excepcionais] que têm como finalidade primeira a aplicação do direito positivo na espécie em julgamento, e não, propriamente, a busca da melhor solução para o caso concreto. É esta a razão pela qual neles não há como produzir provas ou buscar o reexame daquelas já produzidas. A aplicação do direito positivo, mormente para fins de *uniformização de sua interpretação*, pressupõe que os fatos da causa estejam consolidados.

Todavia, a visão do Recurso Especial como apelo de caráter excepcional, que tem como escopo a defesa do direito infraconstitucional federal e sua unificação, encontra-se desvirtuada pelos operadores do Direito, que se utilizando dos permissivos constitucionais à interposição deste apelo, buscam o Superior Tribunal de Justiça como terceira instância recursal, como apontado por Clara Moreira Azzoni (2009, p. 11):

[...] pela análise dos números dos Recursos Especiais que chegam ao Superior Tribunal de Justiça, parece que tal Corte vem sendo entendida e enfrentada como mais um grau recursal, impedindo-as de atuarem na realização de sua primordial função constitucional.

Desta forma, ao se encarar o STJ como uma nova instância recursal, levando-se um enorme número de recursos à sua apreciação, tal Corte vem se fechando, ou seja, impondo filtros inexistentes, utilizando-se indevidamente de expedientes processuais, a fim de impedir a apreciação do mérito de tais apelos, como já tratado no capítulo anterior.

Apesar do elevado número de recursos especiais dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça e a legislação os tratar como direito subjetivo da parte, não sendo facultado à Corte qualquer tipo de discricionariedade no momento da escolha dos casos que deva julgar, Rodolfo Camargo Mancuso (2008, p. 752) afirma que o apelo nobre é o meio pelo qual a Corte exerce tríplice função, quais sejam: i) preservação da higidez da ordem jurídica (função nomofilática); ii) resolução do caso concreto (função *dikelógica*) e de fixação da exegese do direito federal infraconstitucional (função *paradigmática*), as quais são assim pormenorizadas pelo jurista:

[...] por aquele primeiro viés, o STJ tutela a ordem infraconstitucional em sua inteireza positiva, autoridade e validade; pela segunda vertente, busca dirimir as lides com justiça, revolvendo o caso concreto; enfim, pela terceira senda, ele fixa, em nível nacional, a melhor exegese para o direito federal comum, que, depois, se espalha ao largo e ao longo do território nacional pela atividade dos diversos Tribunais, contribuindo, a um tempo, para a coesão

interna da República Federativa e para o tratamento isonômico às partes (MANCUSO. 2008, p. 752).

Assim, as funções apontadas por Mancuso (2008, p. 752), demonstram a análise do STJ na forma como foi pensado pela Assembleia Constituinte, uma Corte que tem como função primordial efetivar a tutela da legalidade, ofertando, a partir de reiteradas decisões, o exato entendimento sobre o texto legal, conferindo a justa decisão às partes interessadas, que ao afirmar o descumprimento da lei federal infraconstitucional encontrarão abertas as portas da Corte Superior.

No mesmo sentido, caracterizando o Recurso Especial como instrumento para se afirmar o exato sentido do texto legal e unificar a jurisprudência, ou seja, meio para se tutelar da legalidade das decisões recorridas, o ex-Ministro do STJ, Francisco Cláudio de Almeida Santos (1991, pp. 93-94), ao tratar sobre a função pública e privada do apelo, afirma:

A primeira das finalidades [pública] é, portanto, a defesa do direito objetivo e a unificação da jurisprudência, como ensina Piero Calamandrei, em sua celebríssima obra *A Cassação Civil* [...]. O outro fim [privado], que para Jaime Gusp é o único, pois, segundo ele, nenhum instituto processual tem índole predominantemente política, corresponde à função que Juan Carlos Hitters denomina *dikelógica*, isto é, fazer justiça do caso concreto, aparecendo, destarte, o recurso como meio impugnativo da parte para reparar um agravo a direito seu, ainda que a decisão contenha em si algo mais grave, qual seja a contravenção da lei.

Dessa forma, o Recurso Especial, construído como instrumento processual revestido de excepcionalidade e meio pelo qual o Superior Tribunal de Justiça pode atingir as funções para as quais foi instituído, criaram-se elementos que devem ser preenchidos, para que se possa ver o apelo admitido, processado e julgado pela Corte e, sendo a existência de filtros recursais um dos elementos aptos a distinguir a natureza dos Tribunais de Vértice e, em consequência, definir qual é sua função no ordenamento jurídico como um todo, ou seja, voltada a tutela ou promoção da legalidade, passa-se a analisar as condicionantes previstas no ordenamento jurídico.

6.2.1.1. Condicionantes de admissibilidade do Recurso Especial

Como acima demonstrado, as hipóteses de cabimento de Recurso Especial estão elencadas no artigo 105, III da Constituição Federal, sendo certo que a abertura de tal via deve preencher os requisitos impostos tanto na Carta Maior como no Código de Processo Civil.

Assim, para o recebimento do Recurso Especial é necessário que este trate de matéria decidida em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais ou Tribunais de Justiça, devendo a decisão recorrida alternativamente: contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhe vigência; julgar válido o ato de governo local contestado em face de lei federal; dar a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Assim, ao trazer como condicionante ao recebimento do Recurso Especial a necessidade da “causa” ter sido julgada em “única ou última instância”, importante explicitar que “causa” é entendida de forma ampla, sendo admissíveis recursos que ataquem decisões que tenham ou não apreciado o mérito; decisões interlocutórias ou sentenças (súmula 86 do STJ)¹⁰³ e ainda decisões que sejam de jurisdição voluntária ou contenciosa, excetuados os casos nos quais se entende que as decisões se eivem de substancial caráter administrativo¹⁰⁴.

Já o termo “causas decididas” traz a ideia de “exaurimento de instância”¹⁰⁵, motivo pelo qual a via para o especial encontrar-se-á aberta somente no momento em que não se notar mais possível a interposição de quaisquer outros recursos.

Assim, do enunciado “causa decidida” advém a necessidade da matéria ventilada no Recurso Especial ter sido “prequestionada”, ou seja, ter sido o objeto da decisão recorrida por meio do apelo nobre, devendo, portanto, tal matéria ter sido apreciada e decidida pela instância inferior.

Neste sentido, sobre o prequestionamento como requisito para a procedibilidade do Recurso Especial, cabe destacar que o Superior Tribunal de Justiça, em posição diversa à adotada pelo Supremo Tribunal Federal, mantinha entendimento de não ser admissível a comprovação do denominado *prequestionamento ficto*, ou seja, não se posicionava no sentido de que a mera apresentação de embargos de declaração para fins de aclarar supostas obscuridades seria suficiente para configurar o prequestionamento, sendo necessário para tal fim o provimento de tal recurso.

Todavia, o Novo Código de Processo Civil trouxe dispositivo expresso em contrário ao entendimento que era mantido pelo STJ, afirmando em seu artigo 1025, que “consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-

¹⁰³ “Cabe Recurso Especial contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento”.

¹⁰⁴ Súmula 311 do STJ: “os atos do presidente do tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional”

¹⁰⁵ Neste sentido o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 207: “é inadmissível recurso especial quando cabíveis embargos infringentes contra o acórdão proferido no tribunal de origem” e a Súmula 418: “é inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação”.

questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”.

O prazo para interposição do Recurso Especial, disciplinado no artigo 1003, § 5º do CPC/2015, é de 15 dias, devendo a parte apresentá-lo perante o juízo *a quo*, que fará um primeiro juízo de admissibilidade.

Neste primeiro juízo de admissibilidade é facultado ao presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido o poder de: i) negar-lhe seguimento, caso entenda que o acórdão recorrido esteja em conformidade com o entendimento proferido pelo STJ em julgamento de recursos repetitivos; ii) encaminhar o processo ao órgão julgador caso note que a decisão recorrida contraria julgado do Superior Tribunal de Justiça prolatado em recurso repetitivo; iii) determinar o sobrestamento do feito, caso verse sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não julgada pelo STJ; iv) selecionar o apelo como representativo de controvérsia infraconstitucional e encaminhá-lo ao STJ, determinando em consequência a suspensão do trâmite de processos pendentes, individuais ou coletivos, que tramitem naquela jurisdição e versem sobre mesma matéria ou; v) caso seja notado que a matéria ainda não tenha sido objeto de recurso repetitivo ou no caso do tribunal recorrido refutar o juízo de retratação, remetê-lo ao juízo *ad quem*.

Nos casos de inadmissão do Recurso Especial é possível, nos termos do artigo 1042 do CPC, a interposição de Agravo em Recurso Especial ao presidente ou vice-presidente do Tribunal *a quo*, exceto quando a decisão recorrida se encontrar fundada em entendimento firmado em julgamento de recurso repetitivo.

Sobre o juízo de admissibilidade exercido pela Corte que prolatou a decisão recorrida, deve-se destacar que inicialmente o Código de Processo Civil de 2015, ao tratar sobre a análise da admissibilidade do recurso extraordinário e do Recurso Especial, previa, em seu artigo 1030, a extinção de tal expediente pelo Juízo *a quo*, determinado que tais requisitos fossem analisadas diretamente pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, o que demonstrava um verdadeiro descompasso com as funções constitucionais destas Cortes e uma falta de sensibilidade com o volume de trabalho, vez que referida disposição causaria o aumento no número de processos, repassando aos Tribunais de Vértice competências que não condizem com o papel que devem desempenhar, ou seja, a apreciação e julgamento de causas de grande relevância ao direito, colaborando desta forma com o desenvolvimento do direito.

Todavia, devido à grande pressão dos próprios Tribunais de Cúpula, antes mesmo da entrada em vigência do Novo Código de Processo Civil, efetivou-se alteração legislativa, por

meio da Lei 13.256/2016, que retornou a sistemática do juízo de admissibilidade realizado pelo Tribunal *a quo*, conforme acima demonstrado.

Cumpra ainda destacar que pela própria natureza excepcional do Recurso Especial não se admite sua interposição para que seja reexaminada prova produzida nos autos, tendo o STJ sumulado a matéria sob o seguinte enunciado: “*a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*”.

Assim, o apelo especial, em tese, não deve tratar de questões de fato, mas sim de questões de direito, podendo ser entendida assim a “qualificação jurídica dos fatos”, tornando-se admissível o Recurso Especial que tenha como escopo a reavaliação do fato provado, ou seja, se determinado fato – já incontroverso nos autos – foi juridicamente qualificado da maneira adequada.

Contudo, a aplicação da Súmula 7 pelo Superior Tribunal de Justiça e a distinção entre reexame e reavaliação de prova tem servido de válvula de escape para que a Corte decida os casos que entende necessários julgar, não sendo incomum encontrar recursos especiais conhecidos e providos a partir da reanálise dos fatos e de questões relacionadas à prova.

Sobre a falta de critérios do STJ para aplicação da Súmula 7, José Carlos Barbosa Moreira (1998, p. 581) afirma:

A jurisprudência da Corte Suprema registra casos interessantes, em que se procedeu à análise do fato: para averiguar se acertara ou errara o tribunal inferior em não reconhecer a existência de mandato; para estabelecer em certo documento se consubstanciara ou não compromisso de compra e venda registrável e bastante para autorizar adjudicação compulsória; para assentar se a entrega dos títulos pelo devedor ao credor configurava ou não novação ou dação em pagamento; para caracterizar determinado escrito como simples minuta ou como verdadeiro instrumento de contrato preliminar. Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça tem reexaminado a qualificação jurídica do ato, para reconhecer a existência de mútuo, em vez de troca, e para definir como promessa de compra e venda negócio descrito (mas não qualificado) como tal. Não há, porém, constância absoluta em semelhante orientação: de outras feitas, v.g., recusou-se o Supremo Tribunal Federal a reapreciar a qualificação dada pelo órgão a quo: ao vínculo entre determinados servidores e a União Federal, que o acórdão recorrido considerara estatutário e a recorrente dizia sujeito ao regime trabalhista; o negócio jurídico a que se reconheceu a natureza de doação, e não a de partilha em vida, consoante se sustentava no recurso.

A falta de critérios claros para a aplicação da Súmula 7 aos recursos especiais dirigidos à Corte, a qual tem servido por vezes como forma de afastar a sobrecarga de trabalho, como verdadeiro instrumento da jurisprudência defensiva, demonstra também o viés cassacional do Tribunal que ao analisar questões de fatos e reapreciar provas, busca rever a

decisão recorrida, trabalhando como terceira instância, a fim de prolatar a justa decisão, julgando propriamente o caso e não a partir do caso¹⁰⁶.

O afastamento da incidência da Súmula 7, a revisão da matéria fática, reapreciação de prova pelo STJ e a consequente revisão da decisão recorrida, pode ser ilustrado a partir do Recurso Especial nº 268.249/DF de relatoria do Ministro Felix Fischer, cuja ementa foi elaborada da seguinte forma:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. REVALORAÇÃO DA PROVA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATOS APROVADOS. NOVO CERTAME. PRETERIÇÃO.

I – A denegação da ordem sem fundamentação satisfatória, apenas sob o argumento de que os fatos não restaram comprovados de plano, quando há nos autos documentação suficiente e idônea a embasar a concessão da ordem, mostra-se arbitrária e ofensiva ao disposto no art. 1º da Lei 1.533/51.

II – Havendo candidatos aprovados no concurso mas ainda não aproveitados pela Administração, a abertura de novo certame, quando ainda válido o anterior, caracteriza-se como ofensiva ao direito dos candidatos remanescentes, que têm direito de preferência sobre os aprovados na nova disputa. Recurso conhecido e provido. (BRASIL. 2002).

No caso narrado no recurso em análise, a partir da leitura do voto do relator, resta claro que o STJ realizou a análise fática, bem como reapreciou o arsenal probatório com intuito de garantir ao recorrente o direito de continuar no certame, afastando a preterição de direito de candidatos aprovados em concurso anterior e ainda não nomeados, reformando, em consequência, a decisão recorrida, como se nota dos seguintes trechos:

O recorrente afirma que todos os fatos alegados na inicial foram devidamente comprovados com a documentação anexada à petição inicial. O v. acórdão reprochado, no entanto, considerou que o direito do candidato não seria amparável via mandamus, pois não se comprovou de plano a ofensa ao seu direito. Da análise da documentação juntada pelo impetrante, observa-se que a decisão reprochada se mostra ofensiva à legislação infraconstitucional pertinente, pois considerou insuficiente a prova juntada pelo candidato, e exigiu fossem apresentados documentos desnecessários ao deslinde do caso, quando na verdade a prova documental anexada aos autos era bastante para ensejar a concessão da ordem.

[...]

Da análise dos documentos acostados à inicial, observa-se que o impetrante demonstrou ter sido aprovado em 29º lugar para o cargo de Procurador Autárquico no Rio de Janeiro (fls.32-33). Dos aprovados, foram nomeados os

¹⁰⁶ Ainda sobre a aplicação da súmula 7 pelo STJ, interessante a afirmação feita por Henrique Araújo Costa (2008, p. 207): “é de se notar que, por vezes, os tribunais superiores acabam por admitir o ingresso em matéria probatória para garantir uma decisão mais justa. Talvez isso seja derivado da nossa peculiar construção de competências, na qual, por vezes, a instância majoritariamente extraordinária funciona também como instância ordinária. Para tanto, basta relembrar as hipóteses de competência originária ou de cabimento recursal ordinário. Como o órgão é um só (formado pelos mesmos julgadores e colegiados) a justificativa teórica do seu comportamento acaba por sucumbir diante de uma adaptação do corpo julgador à sua competência. Nosso regime é sui generis, seja nas suas competências, seja na própria evolução teórica”.

classificados até o 17º lugar (fls.35, 36, 37 e 40) para vagas no Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER e Departamento Nacional da Produção Mineral. O concurso teve seu prazo de validade prorrogado por um ano a partir de 7 de novembro de 1995, mediante Portaria 1.075, de 10/10/95, do Ilmo. Sr. Diretor de Administração e Finanças do DNER (fls.44). A Portaria 1.075 foi tornada sem efeito por ato da Exma. Sra. Ministra da Administração Federal e Reforma do Estado (D. O. U. de 27/10/95 - fls.45).

[...]

Todos esses fatos foram devidamente comprovados pelo impetrante, que juntou documentação clara e suficiente nos autos. Considerando-se a prorrogação de prazo prevista na Portaria 1.075/95, acima citada, o certame do Edital nº 01/96 foi aberto quando ainda válido o concurso antecedente, do qual participou o impetrante.

Essa situação, conforme tem reiteradamente decidido esta Corte, caracteriza preterição do direito dos candidatos aprovados na disputa anterior, mas ainda não nomeados. (BRASIL. 2002).

O exemplo acima trazido demonstra que a Súmula 7 constitui instrumento utilizado pelo STJ sem claros critérios, tendo o Tribunal, ainda voltado a uma função de Corte de Cassação, adentrado a análise dos fatos e reapreciado provas a fim de prolatar uma decisão justa ao caso.

Contudo, em face da nova sistemática adotada pelo CPC/2015, notadamente ao modelo de precedentes criado – que será abordado no ponto 6.3 deste trabalho –, o teor da Súmula 7 deverá ser tratado com maior cautela pela Corte, vez que para a formação da *ratio decidendi*, a análise dos fatos que levarão decisão é imprescindível, como bem afirmado por Marinoni (2014, p. 200):

[...] na elaboração do precedente é imprescindível situar as específicas situações de fato e na decisão que analisa a sua aplicabilidade é indispensável justificar a compatibilidade ou não entre os fatos do precedente e o caso sob julgamento. O descuido em relação aos fatos que exigiram a definição da questão de direito torna o precedente *impreciso*, dificultando a análise da sua aplicação na medida em que se deixa de ter importante parâmetro para se determinar a sua incidência nos casos futuros.

Tratada a sedimentação da impossibilidade de revisão da matéria fática, reapreciação das provas pela Corte e a forma de aplicação da Súmula 7 pelo STJ, torna-se ainda importante destacar que o recebimento do Especial também encontra-se condicionado ao preenchimento dos requisitos de admissibilidade genéricos a interposição de recursos, tais como a comprovação de preparo recursal, a observância do prazo de interposição, sendo ainda necessário que o apelo siga os requisitos traçados no artigo 1029 do CPC, quais sejam: i) traga a exposição dos fatos e do direito, mantendo assim a dialeticidade entre decisão recorrida e o recurso; ii) demonstre o cabimento do apelo e; iii) apresente as razões do pedido de reforma ou invalidação da decisão recorrida.

Superadas as condicionantes de admissibilidade e recebido o recurso, ocorrerá, conforme dicção do artigo 257 do Regimento Interno da Corte, o julgamento da causa, aplicando-se o direito à espécie, revestindo assim o apelo em efeito substitutivo, vez que caso seja provido o recurso, o acórdão prolatado formará o título condenatório a ser cumprido. Nesse sentido, sobre a aplicação do direito pelos Tribunais de Vértice, Nelson Nery Júnior (2004, p. 442) afirma:

Aplicar o direito à espécie é exatamente julgar a causa, examinando amplamente todas as questões suscitadas e discutidas nos autos, inclusive as de ordem pública que não tiverem sido examinadas pelas instâncias ordinárias. É que, removido o óbice constitucional da *causa decidida* (CF 102 III e 105 III), o que só se exige para o *juízo de cassação* dos RE e REsp, o STF e STJ ficam livres para, amplamente, rever a causa. O reexame de provas, portanto, não é viável no juízo de cassação dos RE e REsp, mas é absolutamente normal e corriqueiro no juízo de revisão.

Explanados os requisitos gerais de admissibilidade do Recurso Especial, passa-se a traçar os elementos específicos e relacionados às específicas hipóteses de cabimento de tal apelo, elencados nas alíneas do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal.

6.2.1.1.1 - Do Recurso Especial que alegue contrariedade ou negativa à vigência de lei federal ou tratado

A primeira hipótese de cabimento de recurso especial, prevista na alínea ‘a’ do artigo 105, III da Constituição Federal, prevê compreende o apelo manejado em face de decisão que contrarie ou negue vigência a tratado ou lei federal, impondo-se a que o inconformismo do recorrente recaia sobre violação de lei federal ou tratado, ou pela interpretação errônea ou má aplicação da lei ou tratado ao caso dos autos, ou mesmo pela falta de aplicação de lei que ali seria aplicável.

Tal permissivo é utilizado em maior número pelos recorrentes, tendo o Relatório Estatístico de 2013 do Superior Tribunal de Justiça (BRASIL. 2013, p. 25)¹⁰⁷ apontado que dos 158.256 Recursos Especiais autuados em 2013, 78.672 indicaram a alínea ‘a’ como fundamento para sua propositura, e mais 69.025 indicam cumulativamente as alíneas ‘a’ e ‘c’, motivo pelo qual o manejo de Recurso Especial com fundamento na suposta violação ou

¹⁰⁷ Nos relatórios estatísticos do Superior Tribunal de Justiça editados a partir de 2015, não se nota mais os dados referentes ao número de Recursos Especiais processados categorizados conforme o inciso permissivo do artigo 105 da Constituição Federal, motivo pelo qual se utilizou o Relatório Estatístico de 2013.

negativa de vigência à lei federal é a base para a grande maioria dos recursos especiais interpostos.

Acerca do teor de referido dispositivo, há de se destacar que as expressões “negar vigência” e “contrariar” devem ser entendidas como sinônimas, não havendo qualquer distinção útil para tais termos.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça tem dado interpretação ampliativa do que se enquadra no conceito de “lei federal” para fins de interposição de Recurso Especial com base no permissivo da alínea ‘a’, compreendendo como tal não somente as leis provenientes do Congresso Nacional, mas abarcando também neste conceito as medidas provisórias, e decretos autônomos.

Todavia, não se entende como lei federal, e, portanto, impede o manejo do apelo especial, os atos normativos secundários, quais sejam, regimentos de tribunais, resoluções, circulares, portarias e instruções normativas, atos declaratórios da Receita Federal, regulamentos de agências reguladoras, atos normativos da Corregedoria-Geral da Justiça Estadual e do Banco Central do Brasil.

6.2.1.1.2 - Do Recurso Especial que alegue validade de ato de governo local confrontado com lei federal

A alínea ‘b’ do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal ganhou nova redação com a Emenda Constitucional nº 45, limitando a competência do Superior Tribunal de Justiça para análise e julgamento dos casos em que ocorra confronto entre ato de governo local e lei federal, devendo-se interpretar o termo como sendo ato de natureza infralegal.

Tal permissivo é o que menos se destaca, sendo raramente utilizado como fundamento dos apelos especiais, sendo que de todos os 158.256 Recursos autuados nos termos do artigo 105, III da Constituição Federal em 2013, somente 75 deles apontaram a alínea ‘b’ como fundamento para interposição de Recurso (BRASIL. 2013, p. 25).

6.2.1.1.3 - Do Recurso Especial que alegue a existência de divergência jurisprudencial.

A terceira hipótese de cabimento de Recurso Especial se dá quando a decisão recorrida apresente interpretação da lei federal de forma divergente a que outro tribunal houver lhe

atribuído, sendo claro, por tal permissivo, a função de nomofilaquia do Superior Tribunal de Justiça para a interpretação da legislação federal infraconstitucional.

Neste sentido, o permissivo recursal trazido pela alínea ‘c’ do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal demonstra que cabe ao Superior Tribunal de Justiça uniformizar a aplicação do direito federal no caso em que se nota a divergência de interpretação entre diferentes tribunais.

A interposição de recursos especiais fundados somente na alínea ‘c’ do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal é recorrente, tendo sido utilizado em 2013, em 8.118 recursos dos 158.256 autuados naquele ano (BRASIL. 2013, p. 25).

Entretanto a demonstração da divergência jurisprudencial requer o preenchimento de específico requisito de admissibilidade, trazido no bojo do parágrafo único do artigo 1029, § 1º do CPC, que dispõe *in verbis*:

§ 1º Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência com a certidão, cópia ou citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que houver sido publicado o acórdão divergente, ou ainda com a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, com indicação da respectiva fonte, devendo-se, em qualquer caso, mencionar as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

A fim de regular a matéria, o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, em seu artigo 255 determina que deve ser demonstrada a existência de decisão divergente proferida por tribunal diverso ao da decisão recorrida.

Ainda no referido artigo, determina-se ser necessária a demonstração analítica da divergência, sendo imperiosa a comparação de trechos entre as decisões paradigma e paragonada, a fim de se verificar de forma clara que decisões diferentes foram dadas para casos idênticos.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça tem atenuado as exigências expostas em seu Regimento Interno quando a divergência jurisprudência é demasiadamente notória.

Desta feita, necessário ao conhecimento do Recurso Especial fundado na alínea ‘c’ do inciso III do artigo 105 Constituição Federal, que o recorrente comprove a existência e a ocorrência da divergência jurisprudencial, o que leva ao julgamento de mérito, no qual a Corte decidirá qual das duas interpretações – atuais e que versem sobre casos semelhantes -, deve prevalecer.

Todavia, como já apontado, o Recurso Especial previsto na alínea ‘c’ do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal tem o escopo de promover a unidade do direito, sanando

eventuais divergências jurisprudenciais entre diferentes tribunais. Para que isto fosse possível, necessário se fez a criação de um instituto, dada a organização fracionária do STJ, para dirimir eventuais divergências no seio da própria Corte, instrumento este que será melhor analisado no tópico abaixo:

6.2.2 – *Dos Embargos de Divergência*

Dado o fracionamento do STJ como meio de organizar, esquematizar e dar maior efetividade aos trabalhos, quebrou-se, de certa forma, a unidade do Tribunal, gerando assim o surgimento de eventuais “divergências intestinas”, o que tornou de rigor a construção de instrumentos processuais aptos a sanar tais disparidades de entendimentos, o que se deu por meio dos embargos de divergência.

Sobre a importância dos embargos de divergência, Araken de Assis (2013, p. 855) afirma:

O rol de recursos dispensáveis decerto não inclui os embargos de divergência. Ao contrário, tal meio de impugnação desempenha função relevante e imprescindível. Há que existir remédio para debelar a divergência intestinal dos tribunais superiores. A incerteza da jurisprudência proveniente dos órgãos encarregados de uniformizar a interpretação e aplicação das normas constitucionais e federais repercute, qual efeito dominó, em todas as esferas da justiça.

Desta forma, os embargos de divergência têm grande importância no desempenho das funções da Corte, sendo que, conforme artigo 1.043 do CPC/2015, são embargáveis os acórdãos proferidos por órgão fracionário que, em recurso excepcional, diverjam do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma: i) de mérito; ii) relativos ao juízo de admissibilidade; iii) um de mérito e o outro não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a controvérsia.

Quanto ao procedimento junto ao Superior Tribunal de Justiça, a Corte tem sumulado entendimentos que regulam a utilização do instituto, tal como a possibilidade de embargos de divergência contra acórdão que, em agravo regimental, decide Recurso Especial e a necessidade do acórdão paradigma¹⁰⁸ demonstrar o atual entendimento da Corte.

¹⁰⁸ Em que pese ser possível embargar somente as decisões advindas de Recursos de natureza excepcional – Recurso Especial no caso do STJ –, o acórdão paradigma pode ter origem em qualquer incidente julgado pela Corte, seja em recurso ou ação originária, aceitando-se também a utilização do mesmo acórdão utilizado como base para comprovação de existência de divergência jurisprudencial no Recurso Especial fulcrado no artigo 105, III, ‘c’ da Constituição Federal.

Ademais, a interposição do recurso requer a demonstração da divergência entre acórdão paragonado e paradigma de forma analítica, conforme artigo 1043, § 4º do CPC/2015, podendo ser matéria embargável tanto questões de mérito como processuais.

A competência para o julgamento dos embargos de divergência no STJ será da Seção, na hipótese das Turmas divergentes serem da mesma Seção; todavia no caso da decisão paradigma ter origem em Turma pertencente à Seção diversa àquela que prolatou a decisão embargável, a competência para julgamento será da Corte Especial.

O julgamento dos embargos de divergência comporta dois momentos; na primeira fase, denominada julgamento em tese, decide-se qual acórdão – paradigma ou paragonado – dispõe da melhor tese jurídica; na segunda aplica-se o direito ao caso, reformando-se, no caso da procedência dos embargos, o Recurso Especial, pacificando, em consequência e teoricamente, o entendimento da corte sobre a matéria jurídica.

Por fim, conforme artigo 122 do RISTJ, no caso de julgamento unânime ou de dois julgamentos no mesmo sentido por maioria, pode o STJ sumular o entendimento posto no acórdão dos embargos de divergência.

Explanada, brevemente, a função dos embargos de divergência, cumpre destacar desde já, que o Novo CPC ao forjar uma sistemática de precedentes no Brasil, o que será melhor analisado abaixo, não elencou entre os pronunciamentos dotados de natureza vinculante as decisões prolatadas no recurso em comento, o que, por si só, demonstra a contrariedade com a função da Corte, fato este bem analisado por Marinoni (2014, p. 213):

Quando se entende que o direito também depende dos tribunais. Quando se entende que o Judiciário produz a norma a partir do texto legal, a decisão proferida em embargos de divergência assume a condição de precedente que define o sentido do direito, bem por isso, deve ser respeitado não apenas pelos tribunais inferiores, mas também no âmbito da Corte Suprema.

Demonstrada a função dos embargos de divergência como instrumento apto ao exercício da função de uma Corte Suprema, bem como os requisitos gerais e específicos necessários ao recebimento do Recurso Especial, restou claro que não foi atribuído ao Superior Tribunal de Justiça um “filtro seletor” aos moldes do *certiorari* norte-americano ou mesmo da repercussão geral, instituída como meio de seleção dos recursos extraordinários, deixando claro que, conforme afirmado pelo Relator da Subcomissão de Organização do Poder Judiciário e do Ministério Público da Assembleia Nacional Constituinte, Plínio de Arruda Sampaio, tal tribunal foi pensado para atuar como uma Corte de Cassação baseada no modelo franco-italiano e não como Corte destinada a *promoção da legalidade*, com atuação voltada para o futuro com o escopo de promover o desenvolvimento do direito ao colaborar

com o Legislativo na acomodação do texto da lei infraconstitucional à sempre mutante realidade social, econômica, jurídica e política.

Todavia, como ressaltado no capítulo anterior, o papel conferido ao Judiciário, notadamente às Cortes de Vértice, vem se alterando no direito pátrio, motivo pelo qual não se entende mais possível que o Superior Tribunal de Justiça atue somente como Corte de Cassação ou Revisão, revestindo-se na qualidade de guardião da *tutela da legalidade*, sendo-lhe imputado, a partir de alterações legislativas, notadamente da nova sistemática processual civil, o papel de *promover a legalidade*, o que será demonstrado no tópico abaixo, que tratará do modelo de precedentes previsto Novo CPC.

6.3 – Os precedentes obrigatórios no Novo Código de Processo Civil.

O Novo Código de Processo Civil trouxe alterações substanciais à sistemática processual civil e institutos que buscam valorizar do papel desempenhado pelas Cortes de Vértice por meio de decisões que o diploma reputa como precedentes, imputando ainda aos Tribunais o dever de uniformizar, de forma íntegra, estável e coerente sua jurisprudência. Todavia, como outras tantas alterações constitucionais e legislativas que buscaram reformar o Judiciário e o processo brasileiro, o Novo CPC também se pauta na busca da prestação jurisdicional mais ágil e célere, como bem apontado por Zufelato (2015a, p. 95):

A Exposição de Motivos do Novo Código de Processo Civil, elaborada pela Comissão de Juristas, indica como verdadeiro lema do novo CPC um *processo mais ágil e célere*, deixando evidente que este foi o espírito que guiou o legislador – e que na verdade vem guiando o legislador brasileiro nas últimas reformas legislativas já em vigor – quando prevê mecanismos de precedentarização.

Assim, mais uma vez voltado à busca de uma prestação jurisdicional mais célere, o Novo Código de Processo Civil traz impactos ao funcionamento e funções do Superior Tribunal de Justiça, vez que pretende forjar uma sistemática de precedentes com intuito de dar estabilidade, integridade e coerência à jurisprudência pátria.

Sobre as alterações trazidas pelo Novo Diploma Processual Civil, alguns Ministros do STJ, destacaram como pontos de maior impacto nas atividades da Corte as seguintes “inovações”: i) a valorização dos precedentes; ii) o Recurso Especial Repetitivo e iii) a necessidade de manutenção de uma jurisprudência estável, íntegra e coerente, posicionando-se, o Ministro Tarso Sanseverino (2016) da seguinte forma:

Esse ponto é, particularmente, muito positivo para o STJ, cuja missão é a uniformização da interpretação da legislação federal. Então, através de institutos como a valorização dos recursos repetitivos e o incidente de assunção de competência, nós teremos ainda mais mecanismos para uma melhor aplicação do direito federal, com muito mais segurança jurídica e igualdade na aplicação da lei para todos os cidadãos.

No mesmo sentido, também se posicionou o Ministro Gurgel de Faria (2016):

A grande novidade do novo código é a força maior que traz com relação aos precedentes. Especificamente no que diz respeito aos recursos especiais repetitivos. Nós temos que trabalhar muito, no âmbito do STJ, com relação à adoção dos repetitivos, para que possamos dar uma resposta célere à grande demanda que aqui chega.

Ainda sobre o Novo CPC e o papel do STJ, o Ministro Sérgio Kukina (2016) afirma:

Com o novo código, o STJ continuará desempenhando essa relevante tarefa unificadora. Entretanto, sua jurisprudência ganhará em importância, pois passará a balizar, de forma vinculante, a atuação dos juízes e tribunais (artigo 927), notadamente por intermédio de suas súmulas e de suas decisões proferidas no âmbito de recursos especiais repetitivos.

Dessa forma, a partir da análise feita pelos Ministros acima citados, o Novo Código de Processo Civil trouxe expedientes processuais que têm como escopo proceder ainda mais à valorização da jurisprudência; todavia, destaca-se desde já que a inexistência de um filtro recursal constitui grande óbice a uma guinada nas funções desempenhadas pelo STJ, que continuará imerso em uma enorme carga de trabalho, sem instrumentos hábeis a permitir a promoção da legalidade e de dar efetiva contribuição ao desenvolvimento do Direito.

Dentre os novos expedientes processuais elencados no Novo CPC, merece maior aprofundamento, para os fins deste trabalho, a sistemática de precedentes adotada, a qual será abaixo demonstrada:

Para análise dos precedentes no Novo Código de Processo Civil, necessário se faz o estudo conjunto dos artigos 926, 927 e 489, § 1º, V e VI, o que Hermes Zaneti Jr. (2016, p. 346) chamou de “núcleo dogmático do modelo de precedentes brasileiro”, dispositivos nos quais se encontram apostas as diretrizes que regem o instituto que, segundo o jurista, a partir do teor dos artigos 8º do CPC/2015 e 5º, II da Constituição Federal, “não significa o abandono da observância da lei escrita, mas seu complemento necessário, na integração entre atividade do legislador e atividade do juiz”.

Nesse sentido, ao buscar adotar um modelo de precedentes, o que Camilo Zufelato (2015a, p. 90) chamou de *precedentes à brasileira*, o novo diploma processual impõe dever

aos tribunais de “uniformizar sua jurisprudência¹⁰⁹ e mantê-la, estável¹¹⁰, íntegra¹¹¹ e coerente¹¹²”, demonstrando preocupação com a segurança jurídica, igualdade, no intuito de afastar a denominada jurisprudência lotérica, determinando a vinculação horizontal, ou seja, que o próprio tribunal mantenha em seus julgamentos os entendimentos anteriormente expostos, o que é, hoje, corriqueiramente não observado pela Corte.

Buscando assim a vinculação horizontal dos precedentes, o Código impõe – §§ 2º e 4º do artigo 927 –, caso ocorra alteração do entendimento já firmado, uma adequada e específica fundamentação, “considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”, facultando ainda a realização de audiências públicas e a participação de *amici curiae*, a fim de haver um efetivo debate sobre o tema.

Retomando ao artigo 926, seu parágrafo segundo busca afastar o histórico problema das súmulas editadas de forma abstrata e genérica, sem qualquer referência às decisões que levaram a sua formação, determinando que os Tribunais ao prolata-las “devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”, trazendo assim a necessidade de se considerar o caso concreto, o que é corroborado pelo teor do artigo 489, § 1º, V e VI do CPC/2015, que imputam como não fundamentadas as decisões judiciais que: i) se limitarem a “invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” e; ii) que ao deixarem de seguir enunciado, súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrarem a existência de distinção no caso em julgamento ou superação do entendimento.

¹⁰⁹ Sobre o emprego do termo jurisprudência no o artigo 926 do CPC/2015, por vezes reiterado no Código, vale destacar a crítica feita por Marinoni (2013b, p. 811), com a qual se concorda, de que o termo é inapropriado, sendo que neste caso seria melhor empregado as palavras decisão ou precedente, vez que jurisprudência remete a uma força persuasiva e não vinculante.

¹¹⁰ Sobre a estabilidade, o Enunciado 453 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – Vitória/ES dispõe: “(arts. 926 e 1.022, parágrafo único, I) A estabilidade a que se refere o caput do art. 926 consiste no dever de os tribunais observarem os próprios precedentes. (Grupo: Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência)”.

¹¹¹ Sobre a integralidade da jurisprudência, os Enunciados 456 e 457 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – Vitória/ES dispõem: “456 -(art. 926) Uma das dimensões do dever de integridade consiste em os tribunais decidirem em conformidade com a unidade do ordenamento jurídico. (Grupo: Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência)” e “457 - (art. 926) Uma das dimensões do dever de integridade previsto no caput do art. 926 consiste na observância das técnicas de distinção e superação dos precedentes, sempre que necessário para adequar esse entendimento à interpretação contemporânea do ordenamento jurídico. (Grupo: Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência)”.

¹¹² Sobre a coerência da jurisprudência, os Enunciados 454 e 454 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – Vitória/ES dispõem: “454 - (arts. 926 e 1.022, parágrafo único, I) Uma das dimensões da coerência a que se refere o caput do art. 926 consiste em os tribunais não ignorarem seus próprios precedentes (dever de autorreferência). (Grupo: Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência)” e “455. (art. 926) Uma das dimensões do dever de coerência significa o dever de nãocontradição, ou seja, o dever de os tribunais não decidirem casos análogos contrariamente às decisões anteriores, salvo distinção ou superação. (Grupo: Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência)”.

Já o artigo 927 do CPC/2015, busca impor a obrigatoriedade vertical aos precedentes, afirmando em seu *caput* que os juízes e tribunais observarão um rol de decisões, enunciados de súmulas e orientações, elencando-as em 5 incisos, quais sejam:

- 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.

Sobre a eficácia vertical dos precedentes¹¹³, o Novo Código, ao tratar da fundamentação das decisões judiciais e aplicação dos precedentes – no já citado artigo 489, § 1º, V e VI –, imputa a possibilidade de recurso de embargos de declaração, caso ocorra omissão de adequada fundamentação, aplicação indevida de precedente ou seu desrespeito.

Além do desafio da decisão por meio de embargos de declaração, o Novo CPC ressalta a utilização da reclamação diretamente ao STJ e STF, quando se notar, nos termos do artigo 988, desrespeito a competência ou autoridade das decisões e, mais especificamente, nas hipóteses dos incisos III e IV, a previsão do sucedâneo recursal como forma de “garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade” e a “observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência”.

Todavia, a fim de não engessar o sistema de precedentes criado, o Novo Diploma Processual busca abarcar os institutos do *distinguishing* e *overruling*, já tratados quando da análise da Suprema Corte estadunidense.

A técnica da distinção pode ser notada a partir da leitura do artigo 489, § 1º, VI, que, como já explanado, informa que a decisão será considerada não fundamentada quando deixar

¹¹³ Sobre a eleição de enunciados de natureza obrigatória aos demais tribunais e uma clara hierarquia a ser seguida, Nelson Nery Júnior (2014) faz severas críticas ao novo CPC, imputando-o como autoritário e não democrático, afirmando: “quer-se instituir o autoritarismo do processo com o denominado “direito jurisprudencial”, termo que coloco entre aspas porque entendo ser pejorativo, já que não pode existir num País que adota como fundamento o estado constitucional, jurisprudência vinculante, seja de que tribunal partir essa determinação. O CPC de 1973, aprovado durante o regime da ditadura militar era e é ideologicamente democrático; o novo CPC, com a instituição de obediência hierárquica dos juízos aos tribunais, com a instituição de súmula vinculante, súmula impeditiva de recurso e outros expedientes assemelhados, será um código ideologicamente autoritário. Mais uma vez estaremos diante de um “estado democrático de direito” virtual, de uma democracia com punhos de renda”.

de seguir precedente sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento, motivo pelo qual se torna claro que, demonstrada a diferença dos casos paradigma e paragonado, não se faz necessário seguir o precedente, vez que distintos.

Já quanto à superação, tratando-se da mutabilidade dos precedentes, faculta-se ao tribunal que deu origem ao precedente ou a instância superior, desde que observados os requisitos impostos nos parágrafos 2º e 4º do artigo 927 do CPC/2015, alterar o entendimento tido como precedente.

Demonstrada de forma breve a sistemática dos precedentes adotados pelo Novo Diploma Processual Civil, cabe traçar algumas considerações sobre seu funcionamento frente um modelo de Cortes Supremas.

Como já tratado neste trabalho, uma Corte Suprema, entre outras funções, trabalha voltada para o futuro, na intenção de, por meio de decisões que tragam a moldura fática e sejam amplamente fundamentadas, orientar a sociedade e o próprio Judiciário, tornando-se instrumento apto a realizar o desenvolvimento do Direito *pari passu* com as alterações sociais.

Dessa forma, a Corte Suprema pressupõe, de modo lógico, que suas decisões sejam seguidas pelas instâncias inferiores, vez que ao atribuir-lhe a função de “dar sentido à lei em conformidade com a evolução das necessidades sociais e de acordo com as características do caso concreto” (MARINONI. 2016, p. 18), naturalmente se espera que o direito por ela proclamado projete-se sobre a sociedade e sirva de norte para a solução de casos futuros, sendo esta a forma de se garantir a igualdade e segurança jurídica, dado o fato destes princípios não dependerem exclusivamente da existência de lei geral e abstrata.

Nesse sentido, deve-se ressaltar que o modelo de precedentes trazido pelo Novo CPC, que adota a ideologia de vinculatividade formal das decisões, conforme seu artigo 927, não constitui uma forma de liberar o juiz da lei, mas sim um meio de vinculação da discricionariedade do magistrado quando da interpretação do texto legal, exercendo, de forma democrática, o controle da autoridade do juiz, utilizando-se como parâmetros a universalização da decisão para casos futuros (formação do precedente) e o já decidido nos casos anteriores (aplicação do precedente) (ZANETTI. 2016, p. 364).

Assim, como já tratado acima, o Novo CPC, na tentativa de imputar um modelo de precedentes pautado pela vinculatividade formal das decisões, com intuito de dar maior estabilidade e uniformidade a jurisprudência, seguiu os caminhos já percorridos pela Emenda Constitucional nº 45/2004, ofertando, por força de lei, ou seja, de forma prospectiva,

obrigatoriedade a um rol de decisões e enunciados apostos no artigo 927, norma que Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 24) considerou como:

[...] equivocada e destituída de modéstia, pois a lei infraconstitucional não só não precisa dizer que as *rationes decidendi* das decisões das Cortes Supremas têm eficácia obrigatória, como obviamente não pode ter a pretensão de escolher as decisões ou definir os enunciados que podem ter essa eficácia.

Sobre o teor do artigo 927 do CPC/2015, merecem destaques alguns pontos.

O diploma processual civil de 2015 além de buscar a criação dos precedentes por força de lei, demonstrando arraigada tradição legislativa, limitou quais decisões e enunciados devem impor-se obrigatoriamente aos órgãos do Judiciário (MARINONI. 2015a), não se atentando à necessidade do elemento material que pode revestir uma decisão na qualidade de precedente, quais sejam, a anotação das específicas situações que envolvem os fatos, sua devida fundamentação e a extração da *ratio decidendi*, que deve, por coerência e lógica, ser seguida pelo próprio órgão prolator, bem como pelas demais instâncias, a fim de orientar a vida em sociedade, garantindo a igualdade e segurança jurídica.

Nesse sentido, o Novo Código de Processo Civil ao tratar de acórdãos e súmulas nos incisos II, III e IV do artigo 927, afasta a apreciação da substância da decisão tida como precedente, ou seja, de sua *ratio decidendi*, recaindo sobre os julgados em si, sem diferenciação de *ratio* e *obiter dicta*, a natureza vinculante.

No que tange à manutenção do instituto das súmulas, em que pese ter se buscado afastar seu caráter abstrato e dar maior racionalidade ao sistema de precedentes no Brasil, como pode se notar da grande inovação trazida pelo teor do artigo 926, § 2º do CPC/2015, Marinoni (2015, p. 23) entende ser lamentável a insistência na sua utilização, pois por se tratar de instituto que supõe casos que gerem mesma solução de direito, o que pode abarcar diversos contextos fáticos, esta “jamais terá condições de expressar com precisão e adequação as circunstâncias de fato pertinentes ao caso”.

Compartilhando da mesma visão sobre a utilização das súmulas como forma se externar precedentes, Camilo Zufelato (2015a, p. 106) afirma:

[...] a tônica do modelo de precedentes que se visa implementar é baseado na ideia de *súmula*; em outros termos, as decisões judiciais que servirão de precedentes deverão ser reduzidas em um texto conciso, ultra resumido no qual se estabeleça a *ratio decidendi* do caso. Isso, conforme visto anteriormente, é criticável, na medida em que para o exato entendimento da *ratio* é indispensável conhecer o caso – e especialmente os seus fatos e fundamentos jurídicos da decisão – para então dimensionar o real alcance do precedente.

Por outro lado, ao elencar como decisões revestidas de força obrigatória tão somente aquelas que são proferidas em recursos repetitivos, seja extraordinário ou especial, deixa-se claro a identificação das Cortes Supremas como aquelas destinadas a resolverem litígios de massa e uma preocupação com o volume de trabalho que atinge os Tribunais de Vértice, o que poderia ser amenizado, de forma muito mais coerente, a partir da criação de filtros seletores e não por meio de uma distorcida visão de precedentes.

Quanto à questão dos filtros seletores dos recursos excepcionais, deve-se destacar a já citada alteração legislativa do Novo Código de Processo Civil, implementada pela Lei 13.256/2016, que após forte pressão dos próprios Ministros do Superior Tribunal de Justiça¹¹⁴, alterou o teor do artigo 1030 do Diploma Processual, trazendo novamente o juízo de admissibilidade a ser desempenhado pelo Tribunal *a quo*.

Sobre a sistemática criada para o julgamento dos recursos especiais repetitivos e a formação de precedentes, antes de demonstrar as críticas realizadas pela doutrina, importante tratar como o Novo CPC disciplina a identificação da questão submetida a julgamento e tese firmada pela Corte neste procedimento.

O artigo 1036, *caput*, do CPC, determina que havendo multiplicidade de recursos extraordinários ou especiais com fundamento em idêntica questão de direito haverá afetação para julgamento pelo procedimento instituído para os recursos repetitivos, que prevê a seleção de dois ou mais apelos representativos da controvérsia pelo presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido, os quais serão encaminhados ao STJ ou STF, gerando a consequente suspensão dos processos em tramite perante aquela jurisdição.

Nesse sentido, importante o teor trazido pelo § 6º do artigo 1036 do CPC/2015, que aponta que somente serão selecionados como representativos da controvérsia recursos que tenham “abrangente argumentação e discussão a respeito da questão a ser decidida”, o que, juntamente com possibilidade de intervenção de *amici curiae* e realização de audiências públicas (artigo 1038, I e II, CPC/2015), possibilita maiores subsídios para a melhor solução da questão delimitada.

Selecionados os recursos, encaminhados à Corte Suprema e verificados os pressupostos para processamento como repetitivo, incumbe ao relator, conforme artigo 1037,

¹¹⁴ A pressão dos Ministros de Tribunais Superiores para alterações no Novo CPC, foi relatada pela jornalista Bárbara Pombo (2016), que relatou a visita de magistrados a gabinetes de parlamentares da seguinte forma: “Nos últimos meses, ministros de tribunais superiores fizeram uma peregrinação nos gabinetes parlamentares, apontando que a análise de admissibilidade pelos tribunais de segunda instância poupa o STJ de receber cerca de 48% dos recursos especiais interpostos, o que representa 146,8 mil recursos. Acompanharam a votação n CCJ os ministros do STJ Isabel Galloti, Paulo Tarso Sanseverino, Marco Buzzi, Moura Ribeiro, Reynaldo Fonseca, Sergio Kukina e Marco Aurélio Belizze” (2016).

I do CPC/2015, identificar a questão a ser submetida a julgamento, ou seja, apontar com precisão qual a matéria comum aos inúmeros recursos que, quando julgada, dará origem à tese firmada, aposta no artigo 1039, *caput* do Código, que será aplicada em todos os recursos cuja solução dependa da mesma questão (MARINONI. 2016, p. 122).

Contudo, em que pese poder ser entendido o recurso repetitivo como “modelo mediante o qual se apresenta à Corte ‘questões’ que devem ser definidas em benefício do desenvolvimento do direito” (MARINONI. 2016, p. 123), a reforma do artigo 1038, § 3º do CPC, ocorrida por meio da Lei nº 13.256/2016, trouxe limitações ao instituto, vez que alterar o mandamento que determinava que o acórdão prolatado abrangesse a “análise de todos os fundamentos da tese jurídica discutida, favoráveis e contrários”, para impor tão somente a subjetiva análise dos fundamentos relevantes, afastou a obrigação de ampla discussão, o que possibilitaria o surgimento da “tese firmada” com maior embasamento.

Acerca da ampla discussão dos fundamentos em recurso repetitivo, Marinoni (2014, p. 229) afirma:

A compreensão da controvérsia, diante do recursos repetitivo, certamente não pode ser limitada pelo princípio dispositivo, devendo a Corte se informar acerca de todos os fundamentos e perspectivas de análise que podem influenciar a resolução da questão. Como a Corte está a definir o sentido do direito, deixar de apreciar fundamento relevante ou situação essencial certamente compromete o adequado exercício da sua função e, no caso específico do recurso repetitivo, impede-lhe de gerar decisão adequada à controvérsia a todos os litigantes dos múltiplos recursos especiais existentes.

Demonstrado, de forma breve, o procedimento instituído para o julgamento dos recursos repetitivos e o impacto da alteração legislativa no Novo CPC, importante destacar a crítica feita por Marinoni (2013a, p. 495) sobre sua utilização como forma de gerar precedentes:

A técnica de julgamento por amostragem e do sobrestamento dos recursos repetitivos constitui um paliativo ao grave problema da insubordinação à autoridade dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça – espoliado, pela prática forense, de sua missão constitucional de uniformizar a interpretação da lei federal. Ora, não são apenas os precedentes elaborados em ‘causas repetitivas’ que devem ser respeitados pelos tribunais inferiores. E aqui surge outro sério problema em ‘causas repetitivas’, corre-se o risco de estar abrindo mão da autoridade natural de um tribunal superior em nome da agilização dos processos de massa – como se a razão de se fazer respeitar um precedente estivesse aí. A celeridade na resolução das causas de massa é uma consequência do respeito do Superior Tribunal de Justiça e à segurança jurídica. Lamenta-se que se possa imaginar o contrário, ou, por pior do que isso, que se possa deixar de lado uma séria questão institucional e olhar para o interesse dos chamados ‘litigantes habituais’, que são – atente-se a isso – os protagonistas dos recursos repetitivos.

Ainda sobre os recursos repetitivos, tem-se que a restrição aos “acórdãos” prolatados em recursos repetitivos, como aqueles revestidos de força vinculante, resulta, segundo Marinoni (2016, p. 23), de um grosso equívoco, vez que não apenas tais decisões tem o condão de obrigar os tribunais e juízes, sendo certo que todas as decisões prolatadas em recursos de natureza extraordinária, desde que presente a análise dos fatos e devidamente fundamentadas, o que possibilita a extração da *ratio decidendi*, devem assim ser encaradas, tendo afirmado o jurista:

[...] negar eficácia obrigatória às decisões de Turmas e de Seção, diante de casos que jamais poderão ser definidos como repetitivos, é cometer um lamentável equívoco, na medida em que a eficácia obrigatória de uma decisão de Corte Suprema está muito longe de se destinar a inibir decisões diferentes para casos de massa. A eficácia obrigatória nada mais é do que resultado da circunstância de que as decisões das Cortes Supremas definem o sentido do direito e, assim, destinam-se a orientar a sociedade e regular os casos futuros para que a igualdade e a liberdade não sejam violadas.

Ainda sobre o teor do artigo 927 e a falta de técnica legislativa, cumpre ressaltar o inciso I de referido dispositivo, no qual o legislador determinou que serão observados os julgados do STF prolatados em controle concentrado de constitucionalidade, olvidando-se que tais decisões produzem coisa julgada *erga omnes*¹¹⁵, o que torna desnecessário sua inclusão no artigo 927.

Em que pese não ter sido adotada a melhor técnica, bem como dada a pretensão legislativa em arrolar quais decisões judiciais eivam-se na qualidade de precedentes, deve-se salientar que a instituição por lei de um sistema de precedentes no Brasil vem de encontro à própria tradição legislativa nacional, que se dá, segundo Hermes Zaneti Jr. (2016, p. 349), por meio da “superação de questões teóricas através da normatização legal progressista”, que vem a ser conceituado da seguinte forma pelo jurista:

Trata-se de evidente exemplo das virtudes progressistas do positivismo jurídico como técnica de emancipação e civilização, como já ocorrera no pós-guerra com a constitucionalização dos princípios do direito natural e dos direitos sociais às prestações como direitos fundamentais. Assim, como já existe um certo consenso jurídico sobre as categorias de forma a adaptá-las especialmente às garantias constitucionais brasileiras e às necessidades do ordenamento jurídico brasileiro. Consiste, por evidente, em um *approach* pragmático, mas de grande relevância, pois altera o estado da arte, cabendo agora a doutrina adequar-se às novas características dogmáticas construídas.

¹¹⁵ Sobre a obrigatoriedade das decisões em controle concentrado de constitucionalidade, em que pese ser considerada como absurda por Luiz Guilherme Marinoni (2016, p. 21), o jurista faz uma ressalva ao termo: “para salvar o equívoco, é necessário esclarecer que a *ratio decidendi* das decisões proferidas em sede de ação direta de inconstitucionalidade têm, por exemplo, valor precedental diante de caso em que se questiona lei estadual, que possui mesmo teor de lei estadual já declarada inconstitucional. Nessa perspectiva, admite-se que fundamentos determinantes ou a *ratio decidendi* da decisão proferida na ação de inconstitucionalidade têm eficácia vinculante”.

Completa-se um processo de recepção já começado na Constituição Republicana de 1891.

Desta forma, em que pese o tema dos precedentes ter sido encarado de forma reducionista no Novo CPC, demonstrando ser um expediente voltado mais a dar maior fôlego às Cortes do que possibilitar o efetivo exercício de suas verdadeiras funções, deve-se ressaltar que um importante passo foi dado para a valorização do instituto no Brasil.

Todavia, a criação de expedientes processuais por si só não é apta a dar maior unidade, estabilidade, integridade e coerência às decisões judiciais, sendo necessário que as próprias Cortes de vértice entendam o significado de vinculação horizontal e deem eficácia ao teor do artigo 927, §§ 2º e 4º ao se utilizarem do instituto do *overruling*, bem como as instâncias inferiores entendam a necessidade de coerência no sistema, meio de se garantir a segurança jurídica e igualdade, dando efetividade ao promover o *distinguishing* ao teor do artigo 489, § 1º, VI.

No que tange à aplicação do modelo de precedentes criado pelo Novo CPC e às funções conferidas ao Superior Tribunal de Justiça, importante acompanhar com cautela a forma como a Corte vai recepcionar os novos dispositivos legais, sendo necessário, principalmente, que esta se atente à *ratio decidendi* de suas próprias decisões vinculando-se horizontalmente aos seus precedentes, bem como se utilize, ao mudar de posicionamento, das balizas tratadas nos artigos 489 e 927 do novel Diploma Processual Civil, demonstrando claramente a fundamentação que embasa a mudança de entendimento.

Todavia, em que pese a importância da vinculação horizontal dos precedentes à coerência, estabilidade e integridade da jurisprudência, a prática nos Tribunais de Cúpula demonstra que ainda se está longe do respeito ao que foi decidido pela própria Corte, havendo um enorme individualismo entre os Ministros, sendo verificada a inexistência de um sentimento de coletividade e falta de humildade institucional, fazendo com que posicionamentos individuais prevaleçam sobre a decisão colegiada.

A fim de ilustrar o desrespeito à vinculação horizontal pelas Cortes Supremas, cabe a análise das recentes decisões monocráticas, prolatadas pelos Ministros Celso de Mello e Ricardo Levandowski – decano e presidente, respectivamente do Supremo Tribunal Federal –, que concederam liminares para suspender execução do mandado de prisão, vez que decisões recorridas determinavam o cumprimento de pena do réu antes do trânsito em julgado, o que ofenderia o princípio da presunção de inocência.

Ocorre que ambas as decisões, proferidas nos *Habeas Corpus* nº 135.100 (BRASIL. 2016b) e 135.752, opõem-se ao que foi decidido pelo Plenário do STF no *Habeas Corpus*

126.292, julgado em 17 de fevereiro de 2016, quando firmou a tese de que “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a Recurso Especial ou Extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal” (BRASIL. 2016c, p. 1).

Nesse sentido, o decano da Corte, em que pese se referir ao julgamento do HC 126.202, imputando-o como “respeitabilíssimo”, não se viu constrangido a não aplicar o posicionamento firmado pelo Plenário, justificando-se da seguinte forma:

Nem se invoque, finalmente, o julgamento plenário do HC 126.292/SP – em que se entendeu possível, contra o meu voto e os de outros 03 (três) eminentes Juízes deste E. Tribunal, “a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário” –, pois tal decisão, é necessário enfatizar, pelo fato de haver sido proferida em processo de perfil eminentemente subjetivo, não se reveste de eficácia vinculante, considerado o que prescrevem o art. 102, § 2º, e o art. 103-A, “caput”, da Constituição da República, a significar, portanto, que aquele aresto, embora respeitabilíssimo, não se impõe à compulsória observância dos juízes e Tribunais em geral (BRASIL. 2016b, p. 8).

Na mesma linha, a liminar firmada pelo Presidente Ricardo Lewandowski em 27 de julho de 2016, afirma:

Na espécie, é possível verificar, ao menos em um juízo provisório, que a fundamentação utilizada para decretar-se a prisão do paciente mostrou-se frágil, inidônea, porquanto apenas fez referência a julgamento do Plenário desta Suprema Corte, que, embora, repito, tenha sinalizado possível mudança de entendimento jurisprudencial, não possui qualquer eficácia vinculante, nos termos do que dispõem os arts. 102, § 2º, e 103-A, caput, da Constituição Federal. (2016e, p. 10).

Assim, sem qualquer juízo de valor sobre o mérito da decisão do Plenário e as prolatadas isoladamente pelos Ministros Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, tem-se que, em que pese a técnica das decisões que concederam monocraticamente as liminares pleiteadas ao expressarem a inexistência do caráter vinculante da decisão prolatada pelo Plenário do STF, tais julgados escancaram o fato de que ainda há um árduo caminho a ser percorrido para que os Magistrados dos Tribunais de Vértice passem a se enxergarem como agentes do plenário e vinculados horizontalmente às decisões da suas próprias Cortes, afastando-se de vaidades pessoais e desenvolvendo a humildade institucional.

Nesse sentido, das decisões em análise, conclui-se que a respeitabilíssima decisão mencionada pelo Ministro Celso de Mello não é tão respeitável assim, vez que o seu

convencimento pessoal, vencido quando da votação em Plenário, demonstra-se ainda mais respeitável do que a tese firmada no HC 126.202.

Desta forma, se nem mesmo o decano e o presidente do Supremo Tribunal Federal respeitam o precedente firmado pela Corte, difícil acreditar e impor que os juízes de instâncias inferiores sigam o entendimento da instituição se não houver formal imposição legislativa que determine o caráter vinculante de determinadas decisões¹¹⁶.

No Superior Tribunal de Justiça a realidade não se difere da acima demonstrada, persistindo na Corte uma verdadeira falta de unidade nos entendimentos prolatados entre Câmaras e Turmas, o que é potencializado pelo tamanho do Tribunal e pelo volume de trabalho.

Desta forma, em que pese o Novo CPC trazer um modelo, mesmo que reducionista de precedentes ao Direito brasileiro, seu efetivo funcionamento não dependerá somente da instituição dos expedientes processuais previstos no Diploma Processual, mas sim de uma clara mudança de postura dos Magistrados que deverão despir-se de vaidades entendendo-se como parte de uma Corte que tem como função promover a legalidade.

Demonstrada a sistemática dos precedentes obrigatórios criado pelo CPC/2015, bem como a necessidade de mudança de postura para que o sistema se concretize, passa-se a analisar o papel do STJ frente a teoria das Cortes.

6.4 – A Teoria das Cortes e as funções do Superior Tribunal de Justiça

Ao discorrer sobre a organização judiciária, Daniel Mitidiero (2013, p. 30) aponta a existência de dois tipos de Cortes, dispondo *in verbis*:

[...] o ideal é que apenas determinadas cortes sejam vocacionadas à prolação de uma decisão justa e que outras cuidem tão somente da formação de precedentes. Assim uma organização judiciária ideal parte do pressuposto da necessidade uma cisão entre cortes para decisão justa e cortes para formação de precedentes.

A distinção acima ilustrada e amplamente difundida se faz necessária à eficácia da tutela jurisdicional e à existência do próprio Estado Democrático de Direito, vez que a divisão de funções entre Tribunais importa na existência de Cortes de Justiça como aquelas que são

¹¹⁶ Sobre a imposição dos precedentes por meio de atividade legislativa, Hermes Zaneti Jr.(2016, p. 362) afirma: “a lei é um poderoso instrumento indutivo da mudança cultural, deve servir à razão, significa dizer que, especialmente em matérias contraintuitivas, como o estabelecimento de uma cultura dos precedentes, que esperar por uma mudança gradual e espontânea da sociedade pode não surtir efeitos”.

primordialmente destinadas a solucionar controvérsias entre particulares - aplicando-se um discurso voltado às partes -, e Cortes de Precedentes como aquelas que têm como principal finalidade dar unidade e colaborar com o Poder Legislativo no desenvolvimento do Direito, o que possibilita a efetiva tutela da segurança jurídica¹¹⁷ e da igualdade, atuando assim na promoção de legalidade.

A partir do próprio texto constitucional que aponta a existência de recursos de caráter excepcional destinados ao Superior Tribunal de Justiça, deve-se entender que, com base nas alterações havidas na passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional, basicamente da evolução da teoria do direito e do impacto do constitucionalismo, já tratados no capítulo 2 deste trabalho, o Judiciário encontra-se apto a colaborar com o Legislativo na formação do Direito, ou seja, para “atribuir sentido ao direito e desenvolvê-lo de acordo com as necessidades emergentes da evolução da sociedade” (MARINONI. 2015a), motivo pelo qual, as Cortes que se encontram na Cúpula do Judiciário, tal como o STJ, não podem continuar a serem vistas como meras Cortes de correção.

Sobre a atual situação do Judiciário brasileiro, notadamente das Cortes de Vértice, Hermes Zaneti Jr. (2015, p. 178) é claro ao afirmar que ainda se conta com um modelo de matriz cassacional, defasado quanto à possibilidade de contribuição com o desenvolvimento do Direito, tendo afirmado que: “o modelo brasileiro não é ainda totalmente um modelo de cortes supremas, aproximando-se mais de um modelo de cortes superiores, defasado em muitos sentidos perante os desafios contemporâneos e o avanço da ciência jurídica”.

Assim, para se tratar do papel do STJ no Estado Constitucional, cumpre reiterar de forma breve e genérica, as características e elementos que diferem os modelos de Corte Suprema e Corte Superior acima citadas por Zaneti.

A existência de um modelo do Tribunal de Vértice como Corte Superior apoia-se nos seguintes pressupostos teóricos: i) identificação entre texto, norma e regra jurídica; ii) formação exclusivamente por membros da carreira jurídica; iii) desempenho de uma função reativa, vez que busca controlar a aplicação da legislação em cada específico caso que chegue à sua apreciação; iv) o recurso é cabível sempre que alegada violação à legislação em decisão recorrida, sendo o apelo um direito subjetivo da parte – *jus litigatoris*; v) a principal função da

¹¹⁷ Sobre segurança jurídica Rafael de Oliveira Guimarães e Henrique Cavalheiro Ricci (2013, p. 122) afirmam: “seguramente, um dos princípios jurídicos mais importantes, e base do Estado Democrático de Direito, é o princípio da segurança jurídica. O referido princípio é identificado no ato jurídico perfeito, na coisa julgada e também na previsibilidade e isonomia das decisões judiciais, mais precisamente na isonomia entre os jurisdicionados”.

Corte Superior é impor a todos os casos a exata interpretação da lei; vi) suas decisões tem efeitos *inter partes* e eficácia *ex tunc* (MITIDIERO, 2013, p. 33).

Já o modelo que prega a existência de uma Corte Suprema na cúpula do Poder Judiciário parte de pressupostos teóricos diversos aos acima elencados, sendo eles: i) dissociação entre texto e norma jurídica; ii) reconhecimento da normatividade dos princípios, regras e postulados normativos; iii) o tribunal é composto por juristas de vários extratos sociais; iv) desempenha função proativa, buscando orientar a interpretação e aplicação do direito por parte da sociedade civil e de seus próprios membros, o que se dá por meio de precedentes; v) o recurso da parte é tido como um simples pretexto para que a Corte se pronuncie sobre determinado assunto e passe a orientar a interpretação e aplicação do direito, motivo pelo qual o apelo é encarado como *jus constitutionis*, sendo possível a imposição de filtros de admissibilidade a fim de se averiguar a necessidade do pronunciamento da Corte; vi) as decisões de uma Corte Suprema vinculam toda a sociedade e os órgãos do poder Judiciário, sendo o precedente fonte primária do Direito, tendo seus efeitos modulados (MITIDIERO, 2013, p. 53).

Neste sentido Luiz Guilherme Marinoni (2014, p. 241) afirma:

[...] uma corte não ganha a qualificação de Suprema apenas por estar no vértice da estrutura do Poder Judiciário. Uma Corte Suprema expressa e desenvolve o sentido do direito e, assim colabora com o Legislativo para que o Estado possa regular a vida em sociedade.

Desta forma, mais do que desenvolver o direito e colaborar com o Legislativo, é importante que a Corte que expresse o Direito passe a orientar a sociedade, a fim de garantir a coerência da ordem jurídica e a igualdade de todos perante o Direito, devendo suas decisões serem encaradas como precedentes pelos demais tribunais e juízes (MARINONI, 2014, p. 100).

Assim, adotar o modelo de Corte Suprema para os Tribunais de Cúpula brasileiros implicará mudança de paradigma destes Tribunais, que deixarão de atuar primordialmente na atividade de tutelar a legalidade das decisões recorridas por meio de reiteradas decisões, para ter como escopo principal a administração da jurisprudência, por meio de decisões pontuais que, dada sua densidade e importância, passarão a revestir-se na qualidade de precedentes¹¹⁸, orientando, de forma ordenada, a atuação dos demais órgãos do Judiciário, oferecendo aos

¹¹⁸ Neste sentido, Luiz Guilherme Marinoni (2014, p. 65) afirma: “A corte que atribui sentido à lei é uma Corte de Interpretação que opera mediante precedentes para garantir a igualdade perante o direito”.

jurisdicionados padrões claros de conduta, garantindo, assim, a segurança jurídica e a promoção da igualdade.

Desta feita, importante à verdadeira efetivação do Estado Democrático de Direito no Brasil que o Superior Tribunal de Justiça se revista na qualidade de Corte Suprema, assumindo a posição de guardião da norma infraconstitucional federal, não se eivando no papel de mero revisor de decisões de instâncias inferiores, vez que, como já frisado por Alfredo Buzaid (1972, p. 181) “para a satisfação dos anseios dos litigantes, bastam dois graus de jurisdição”, ou seja, inexistente o direito subjetivo à revisão de decisões prolatadas por Tribunais de Segunda Instância, o que se torna claro, segundo Marinoni (2014, p. 147), que “ninguém tem direito a interpor recurso especial para rever matéria de prova ou solicitar a ‘revisão da justiça da decisão’”, ainda afirmando o jurista que “é pouco mais que absurdo atribuir a uma Corte Suprema o poder de definir a interpretação que deve vigorar e, ao mesmo tempo, permitir que os tribunais ordinários não levem essa interpretação ‘a sério’” (2014, p. 120).

Identificando que a função dos Tribunais de Cúpula ao julgarem recursos de caráter excepcional reveste-se, primordialmente, na qualidade de atividade de nomofilaquia e não o inverso, ou seja, a tutela da legalidade por meio de reiteradas decisões, o Superior Tribunal de Justiça poderá trabalhar de forma mais condizente com sua própria estrutura, vez que o Recurso Especial passará a ser viabilizado no interesse *jus constitutionis*¹¹⁹, ou seja, o apelo deixa de ser entendido como direito subjetivo da parte e passa ser necessária à sua admissão a demonstração do interesse público na manifestação de tal Tribunal, que pode ser devido à necessidade de apreciar questão de fundamental importância, promover a evolução e aprimoramento do Direito ou ainda de uniformização da interpretação do Direito, fatores estes que somente serão possíveis por meio de alterações constitucionais que tenham como escopo a introdução de filtros recursais, facultando à Corte discricionariedade para escolher os casos que deva apreciar¹²⁰, bem como a uma mudança na cultura daqueles que atuam junto ao judiciário.

¹¹⁹ Nesse sentido, sobre a natureza do Recurso Especial e a função do Superior Tribunal de Justiça, Sidnei Beneti (2013, p. 222) afirma: “o julgamento do Superior Tribunal de Justiça é de interesse, antes de mais nada, de toda a sociedade brasileira. Quando as partes trazem o caso ao Superior Tribunal de Justiça buscando a reforma do julgado do tribunal de origem, que as desfavoreceu, fazem-no implicitamente pedindo, em primeiro lugar, a proclamação da jurisprudência para toda sociedade nacional e, apenas em segundo lugar, a reforma do julgado para que o julgamento que as desamparou seja corrigido de acordo com a jurisprudência, que se proclame”.

¹²⁰ Sobre a necessidade do Superior Tribunal de Justiça pode escolher os casos sobre os quais deve se pronunciar, Luiz Guilherme Marinoni (2015) disserta: “Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça, para poder se tornar uma Corte de Precedentes, precisa ter a possibilidade de analisar quando a sua atuação é necessária. Se a Corte não tem, por assim dizer, uma função “privada”, de tutela da parte, mas uma função “pública”, de outorga de unidade ao direito, e também é certo que essa última função não pode se satisfazer com a mera análise, e

Nessa esteira, a imposição de filtros ao recebimento e processamento do Recurso Especial, como já tratado no ponto 5.7.2.2 deste trabalho, torna-se necessário ao desempenho das funções do Tribunal Supremo, vez que permite, sem ceifar o direito de amplo acesso à Justiça previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal¹²¹, que a Corte racionalize o seu tempo, dedicando-se aos casos considerados importantes, ofertando-lhe assim, meios para que saia da crise numérica que a assola, passando a ter, em consequência, condições de debruçar-se sobre os casos apreciados e dar fundamentada decisão que venha a orientar o Judiciário e a sociedade.

Sobre a necessidade de criação de filtro recursal ao Recurso Especial dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, Daniel Mitidiero (2013, p. 98) afirma:

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 partir daí poderá o Superior Tribunal de Justiça valer-se de *forma integral e constante do critério teleológico* para justificar sua atuação. Da mesma maneira como ocorre com o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça terá condições de *selecionar* os casos que deve enfrentar 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 unidade do Direito infraconstitucional federal.

Na mesma, ao tratar dos filtros recursais a serem impostos para o recebimento e processamento de apelo especial como instrumento para que o STJ exerça sua função de Corte Suprema, Marinoni (2014, p. 151) propõe seis situações nas quais seriam admitidos os recursos, sendo estas: i) divergência de entendimento entre decisão recorrida e decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça; ii) o aresto recorrido encontre-se fundamentado em precedente desgastado; iii) o acórdão esteja apoiado em precedente superado por nova concepção acerca do direito; iv) a decisão recorrida encontre respaldo em precedente equivocado; v) quando a interpretação posta na decisão recorrida divirja de interpretação dada por outro tribunal e; vi) quando a decisão recorrida se baseie em lei federal ainda não apreciada pelo STJ ou que ainda não tenha gerado divergência entre tribunais de apelação.

eventual correção, de todas as decisões que tenham dado interpretação à lei federal, na medida em que a Corte deve proferir decisões que orientem a sociedade e sirvam de parâmetro para as futuras decisões dos órgãos judiciais inferiores, naturalmente percebe-se que a Corte, para adequadamente poder exercer a sua atividade, deve ter a possibilidade de eleger os casos que, em face das suas particularidades concretas, realmente possam fornecer ao Tribunal a matéria prima necessária para ele chegar numa decisão de caráter geral, capaz de constituir uma norma jurídica para a solução de casos futuros”.

¹²¹ Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni (2014, p. 147) afirma: “se o recurso especial já é restrito às três hipóteses do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, inexistente obstáculo para limitá-lo por conta de outras regras, desde que referendadas por emenda constitucional”.

No que tange à natureza do apelo nobre como meio para que o Superior Tribunal de Justiça exerça sua função de definir a interpretação da lei federal infraconstitucional, ou seja, que este não constitui direito subjetivo da parte, importante decisão foi prolatada no Recurso Especial nº 1.308.830/RS, meio pelo qual a Terceira Turma, ao decidir Questão de Ordem indeferiu o pedido de desistência que contava com anuência da parte recorrida, afirmando que, em que pese o teor do artigo 501 do CPC/1973, que determinava a possibilidade da parte desistir do recurso mesmo sem anuência da parte contrária, dada a função atribuída ao STJ, o Recurso Especial ultrapassa os interesses individuais, devendo, portanto ser julgado, fundamentando-se a decisão da seguinte forma:

A exegese do artigo 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. (BRASIL. 2012, pp. 5-6).

Dessa forma, a referida decisão é um verdadeiro marco na história da Corte, que ao negar o pedido de desistência, demonstra, de forma clara, que o STJ não constitui simples Tribunal de revisão voltado à tutela dos interesses dos jurisdicionados e à mercê de suas vontades, vez que passa a entender sua função pública de “colaboração para o florescimento do direito adequado ao convívio social em todo o território nacional” (MARINONI. 2014, p. 186).

Nesse sentido, o julgado acima clarifica a natureza *jus constitutionis* do Recurso Especial, característica mal aposta no CPC/2015, que em seu artigo 998, parágrafo único determina: “a desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos”, olvidando-se de que o caráter extraordinário do recurso e sua função pública não residem no fato de atingir demandas repetitivas ou não, mas sim pelo fato de ser instrumento apto a promover a legalidade por meio da interpretação da lei federal infraconstitucional, como havia sido bem tratado no Voto da Ministra Nancy Andrigli no julgado em comento, no qual se afirma:

[...] vejo que essa premissa [distinção entre recurso individual e recurso repetitivo] na realidade é válida de forma indistinta para o julgamento de todos os recursos especiais, cujo resultado sempre abrigará intrinsecamente um interesse coletivo, ainda que aqueles sujeitos ao procedimento do art. 543-C do CPC possam tê-lo em maior proporção. (BRASIL. 2012, p. 6).

Apresentado o posicionamento da Corte sobre a natureza do Recurso Especial e a posição adotada pelo Novo CPC, importante alertar que além dos recursos serem viabilizados no interesse *jus constitutionis*, necessário se faz, para o correto funcionamento do modelo de Corte Suprema, que as decisões prolatadas por tal Tribunal projetem-se para o futuro, sendo meio hábil a guiar a sociedade e as decisões dos demais tribunais, formando, assim, os precedentes, ou seja, desempenhando uma função proativa, fazendo com que o direito venha a acompanhar as cada vez mais constantes mudanças da sociedade.

Acerca da aplicação do instituto dos precedentes no sistema jurídico brasileiro – filiado a *Civil Law* –, Marinoni (2014, p. 60) assevera: “a eficácia obrigatória dos precedentes nada tem de particular ao *Common Law*, constituindo técnica indispensável a qualquer sistema que pretenda dar estabilidade às decisões que definem a interpretação da lei ou uma questão constitucional”.

Ainda dissertando sobre o tema, Marinoni (2014, p. 60) afirma que o caráter obrigatório de uma decisão não guarda qualquer relação com a função legislativa, vez que a decisão judicial implica somente na interpretação da lei a partir de um caso concreto, sendo sua autoridade consequência lógica da função judicial de dar unidade ao Direito, o que permite a preservação ao respeito à segurança e à igualdade jurídica, tornando o Judiciário o poder responsável, juntamente com o Legislativo, na construção do Direito.

Neste sentido, sobre a necessidade de se respeitar as decisões prolatadas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, principalmente sobre o fato de ser necessário que a própria Corte prolatora da decisão a respeite como precedentes, Tereza Arruda Alvim Wambier (2015) disserta:

No Brasil, assim como nos países de *civil law* em geral, as decisões são decisões e não precedentes, necessariamente. Podem tornar-se precedentes relevantes, porque, por exemplo, se trata de um caso de importância nacional, cuja solução esteja sendo muito esperada e a decisão seja densa, bem fundamentada e chame a atenção. Decisões do STJ deveriam ser precedentes e deveriam, sobretudo, ser respeitadas pelo próprio Tribunal que as proferiu. Mas esse Tribunal, nos últimos anos parece não estar se dando conta de seu papel constitucional. Com alguma frequência, os próprios Ministros alteram suas decisões em questão de dias ou semanas.

Sobre a densidade da fundamentação de um acórdão como elemento que gere a distinção entre decisões e precedentes, importante notar que, para que o STJ atue como

verdadeira Corte que tenha como função principal a promoção da legalidade, desempenhando o papel de orientar a vida em sociedade e regular os casos futuros, importante que estejam claras as razões que determinam o resultado de um julgamento, vez que “só as razões que a Corte utiliza para justificar a solução da questão do direito numa específica moldura fática dão ao juiz do novo caso condições para saber se o entendimento da Corte Suprema deve regulá-lo” (MARINONI. 2015a).

Dessa forma, deve estar presente em suas decisões a *ratio decidendi*, motivo pelo qual a própria dinâmica dos julgamentos deve ser encarada de forma diversa da qual ocorre hoje, vez que se deixa de importar unicamente com a solução do caso para valorizar os fundamentos que levam à conclusão, pautados em determinada situação fática, motivo pelo qual Marinoni (2016, p. 99) apresenta um procedimento a ser seguido para o julgamento de recursos, constituído pelas seguintes fases: i) fase em que o colegiado desenvolve o raciocínio decisório; ii) fase de proclamação do resultado e da eventual *ratio decidendi* e; iii) fase de elaboração da justificativa.

A primeira fase prevista no procedimento sugerido tem como escopo racionalizar o trabalho da Corte e permitir a efetividade dos seus julgamentos, revestindo-os na qualidade de precedentes, motivo pelo qual, diferentemente do que ocorre em uma Corte de Cassação, cuja preocupação principal reside na síntese da decisão reproduzida em seu dispositivo¹²², importante se torna que seja delineado o contexto fático em que a norma jurídica é formulada para sua aplicação no futuro¹²³, vez que “o precedente ao delimitar as circunstâncias fáticas do caso, confere concretude à interpretação da norma, que deixa de se revestir de indiferença à solução conflitiva” (MARINONI. 2016, p. 101).

No mesmo sentido, posiciona-se Camilo Zufelato (2015a, p. 96):

A preocupação central quando operam precedentes é transformar uma máxima geral e abstrata – tal como a norma jurídica – em decisão concreta e

¹²² Dissertando sobre as diferenças nos julgamentos proferidos por Cortes de Precedentes e Cortes de Revisão, Camilo Zufelato (2015a, p. 99) afirma: “Com efeito, esse é um dos aspectos mais importantes na comparação entre o genuíno sistema de precedentes de *common law* e a experiência recente – e também futura – vivenciada no Brasil: dá-se demasiada importância para a *síntese da decisão*, que reproduz o *dispositivo da decisão*, e *quase nenhuma atenção ao dados fáticos ou mesmo de direito que motivaram o sentido da decisão*. Seria preciso destacar, nos precedentes nacionais, a *ratio decidendi* que animou a decisão, e não somente a conclusão do julgamento. Basta ver que as atuais súmulas brasileiras, via de regra, não fazem referência as peculiaridades do caso concreto na qual se originou o precedente, mas sintetizam o *decisum*. Em outras palavras, a *ratio decidendi* sempre tem que estar acompanhada da situação concreta que gerou o *decisum*”.

¹²³ Sobre a proibição de análise fática e valoração da prova pelo STJ, importante ressaltar que não existe incompatibilidade com a necessidade da Corte, ao formar o precedente delimitar a moldura fática que envolve o caso, vez que, conforme Marinoni (2016, p. 103) “A circunstância de não se discutir fatos ou de não se valorar a prova em busca da formação da convicção não significa que a Corte Suprema deva decidir como se a questão de direito a ser solucionada não tivesse base nos fatos”.

específica. Por isso o reconhecimento *fattispecie* é fundamental para se aplicar um precedente a um caso concreto.

Desta forma, para que o Superior Tribunal de Justiça venha a atuar como Corte Suprema, a análise dos fatos se faz necessária ao atendimento de sua função no Estado Constitucional, motivo pelo qual, na nova sistemática processual civil, o teor da Súmula 7 deve ser corretamente para que as “*causas decididas em única ou última instância*”, venham a ser tratadas como unidade fático-jurídica, o que possibilitará que seus julgados possam ser tidos como precedentes.

Nesta linha, dissertando sobre a possibilidade de exame dos fatos pelos Tribunais de Vértice, Daniel Mitidiero (2013, p. 90) afirma:

[...] não só inexistir qualquer vedação constitucional ao exame dos fatos, como é imprescindível que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, como cortes situadas na área de influência do modelo de Corte Suprema, vinculadas a uma teoria lógico-argumentativa da interpretação e à unidade do Direito mediante a formação de precedentes, *examinem fatos* em recurso extraordinário e especial – isso porque *sem o exame de fatos não há como trabalhar com precedentes*.

Ainda lecionando sobre a análise de fatos em recurso de natureza excepcional como elemento essencial à formação da *ratio decidendi*, Mitidiero (2013, p. 91), faz importantes considerações sobre o teor da Súmula 279 do STF e da Súmula 7 do STJ:

O que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça *não podem é reexaminar a prova dos autos* a fim de outorgar *nova valoração probatória aos fatos*, isto é, *não podem proceder à nova valoração da prova*. Vale dizer: como Cortes Supremas, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça *devem receber a causa e julgá-la admitindo os fatos tal como estimados pela decisão recorrida*. Essas cortes recebem a causa *pressupondo a verificação das alegações de fato* realizadas pelas instâncias ordinárias – não podendo, 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*.

Desta forma, entendido o STJ como Corte Suprema, voltada a interpretação e à formação de precedentes, de rigor ao atendimento de suas funções, que a causa a ser julgada seja entendida como uma unidade fático-jurídica, abrindo, assim, a cognição do Tribunal aos fatos, o que levará à existência da *ratio decidendi*.

Demonstrada a importância da análise dos fatos pela Corte Suprema na formação dos precedentes, passa-se a analisar outro importante ponto do procedimento decisório, que constitui a delimitação dos fundamentos a serem enfrentados pela Corte, vez que permite não

só o efetivo diálogo entre os Ministros, mas evita também que discussões impertinentes ocorram (MARINONI, 2015a).

Nesse sentido, encontra-se o teor do artigo 1.037, I do CPC/2015, que ao versar sobre o reconhecimento do caráter repetitivo do Recurso Especial e extraordinário pelo Ministro relator, determina que ao proferir a decisão de afetação “identificará com precisão a questão a ser submetida a julgamento”¹²⁴, ou seja, necessário se faz a pronta identificação da questão que seja comum aos diversos recursos que restarão suspensos, conforme artigo 1.037, II do CPC/2015, para que se dê origem à “tese firmada”, a qual deverá ser reafirmada em todos os recursos cuja solução dependa da mesma questão (MARINONI, 2016, p. 122).

Assim, delimitados os fatos que emolduram o caso, bem como os fundamentos a serem discutidos, independentemente de se tratar de recurso individual ou repetitivo, importante também se torna a adoção de uma sistemática que permita a formação da decisão colegiada, que dê voz a Corte e não o mero agrupamento de decisões, conceitos assim diferenciados por Marinoni (2015a):

A decisão colegiada depende da efetiva deliberação e é construída mediante a participação de todos os membros do colegiado, ao lado de advogados e dos *amici curiae*. Quer dizer que a fundamentação escrita, ou melhor, a justificativa, só tem sentido depois de proclamado o resultado. Não há mais razão para justificar entendimentos pessoais. A justificativa deve ser dos fundamentos, ou seja, da *ratio decidendi* e dos eventuais fundamentos concorrente e dissidente. Nesses casos, há que se nomear redatores das justificativas de cada um dos fundamentos.

A fim de possibilitar o surgimento de uma decisão colegiada, o Ministro Sidnei Beneti (2015, p. 238) ressalta a inexistência da denominada *conference* nas sessões e julgamento, compreendida como a realização de uma prévia reunião de debates, que ocorra antes da tomada dos votos, instrumento que se demonstraria apto a promover o aprofundamento das teses e argumentos postos em julgamento, afastando-se assim a tendência de predominância do ponto de vista do Relator, o que denominou de “tirania do Relator”.

Assim, tendo em vista a importância conferida aos fundamentos e a realidade fática, o que revela a possibilidade de uma decisão se revestir na qualidade de precedente, orientando a sociedade, servindo de padrão ao próprio Tribunal prolator e aos demais órgãos do Judiciário, não há sentido na manutenção da atual forma de votação dos recursos, qual seja, a existência de votos pré-elaborados, aos quais aderem ou não os demais julgadores, vez que, segundo

¹²⁴ Sobre o procedimento adotado pelo Novo CPC para o julgamento dos recursos repetitivos, MARINONI (2016, p. 122) faz interessante análise: “O interessante, no entanto, é que no recurso repetitivo não apenas se discute e decide o fundamento, mas se decide a respeito do fundamento sem preocupação com os outros eventuais fundamentos capazes de determinar o provimento do recurso ou permitir a conclusão de violação da norma.

Marinoni (2015a), “não há qualquer racionalidade em decidir antes de deliberar nem, muito menos, em justificar por escrito antes de decidir”, sugerindo o jurista que o relator proponha ao colegiado um projeto de julgamento¹²⁵, convidando os demais membros à discussão, o que seria apto a construção de uma decisão colegiada e não ao referido ajuntamento de decisões.

Realizadas as discussões sobre fatos e fundamentos, inicia-se a fase denominada de proclamação da decisão e a *ratio decidendi*, na qual já se raciocinou para decidir, como também já se decidiu, restando apenas “raciocinar para proclamar e, então, efetivamente declarar a decisão e a *ratio decidendi*” (MARINONI. 2016, p. 125), prática esta desconhecida no direito brasileiro, vez que preocupado unicamente com a conclusão do julgamento e não com a formação do precedente, como exposto por Marinoni (2016, p. 126):

[...] tratando-se de Corte de Precedentes e, portanto, de colegiado que não esta apenas elaborando decisão para os litigantes ou simplesmente solucionando o recurso, é imprescindível proclamar a eventual *ratio* ao lado da decisão. Significa dizer, em poucas palavras, que a proclamação do resultado não mais é sinônimo de declaração da decisão, mas expressão que deve conter a decisão e a *ratio decidendi*.

Há de se destacar que a indicação da *ratio decidendi* na decisão da Corte Suprema, não ocorre nos países da *Common law*, ficando a cargo dos tribunais inferiores que, ao deparar-se com caso novo, determina a pertinência de aplicação ou não do precedente; todavia, na proposta de procedimento de julgamento feita por Marinoni (2016, p. 133), o adotar da *ratio decidendi* pela Corte vem fundamentado na ideia de que “a proclamação da *ratio* tem uma natureza relativa, aberta a conformação pelas cortes inferiores. Isso porque é da própria essência da *ratio* a adaptação, ou melhor, a contenção e expansão em face dos casos que estão por vir”, servindo este expediente como forma de colaboração da Corte com a extração da *ratio* e sua aplicação pelas demais instâncias.

A última fase do procedimento em comento é o da elaboração da justificativa, a qual deve retratar os argumentos em debate, não se importando com opiniões pessoais, mas sim com os fundamentos majoritário, concorrente e dissidente, sendo este o meio de se dar forma a um acórdão que seja hábil a identificar um precedente. Sobre tal fase de julgamento e as Cortes brasileiras, Marinoni (2016, p. 136) afirma:

¹²⁵ Ainda sobre a necessidade de se discutir efetivamente os fundamentos da decisão, por meio de uma reunião prévia de debates e eventual confronto com o princípio da publicidade, elencado no artigo 93, IX da Constituição Federal, o Ministro Sidnei Beneti (2015, p. 239) sugere a seguinte sistemática: “bastando que as sessões de julgamento se limitassem à ouvida das sustentações orais e discussões entre Ministros, para, depois, em outra sessão, após elaborado e “estabilizado” o voto pela útil troca de projetos de voto e considerações, em sessão seguinte proclamar-se o julgamento, que, nesse caso, poderia ser subscrito por todos os integrantes do colegiado, como ocorre nos tribunais nacionais estrangeiros”.

Como o julgamento colegiado de uma Corte Suprema brasileira não exige consenso e a dissidência tem que ser adequadamente comunicada ao público, é preciso contar ao menos com escritos que justifiquem a *ratio decidendi*, o fundamento ou fundamentos concorrentes e fundamento dissidente. Tais escritos devem, em princípio, ser elaborados pelos Ministros que proferiram o primeiro voto de sustentação de cada um dos fundamentos. Mas é importante que os redatores dos fundamentos encaminhem as suas justificativas àqueles que os sustentaram no julgamento. Isso para que os demais julgadores verifiquem se têm algo para agregar ou eliminar da respectiva justificativa.

Demonstrado o modelo de julgamento proposto por Marinoni (2016, pp. 99-137) para que a decisão do STJ venha a ser encarada como verdadeiro precedente, meio apto a prover densa fundamentação nos acórdãos e a delimitação da moldura fática, vez que a Corte deixa de se preocupar exclusivamente com a resposta aos anseios das partes recorrentes e a correção de eventual decisão, torna-se ainda mais claro que o com o volume de processos que aportam ao STJ impossível se torna o desempenho desta função, o que, por mais uma vez, escancara a necessidade de criação de filtros recursais, que permita que a Corte escolha os casos sobre os quais se faça necessário seu pronunciamento.

Portanto, buscando uma correta e coerente organização judiciária, importante que o Superior Tribunal de Justiça se afine com sua competência originária e recursal, elaborando-se uma clara política de acesso aos Tribunais de Vértice, o que sem dúvidas é mais justo do que permitir a massiva interposição de Apelos Especiais e depois impedir sua apreciação, por meio de condicionantes inexistentes, o que Cruz e Tucci (2015) denominou de “perversidade pretoriana”, ou seja, a jurisprudência defensiva, já tratada no capítulo anterior.

Assim, demonstrado a sistemática dos precedentes criada pelo Novo CPC, bem como a colocação do STJ em uma teoria de Cortes que aponta para existências de tribunais voltados à tutela e à promoção da legalidade, passa-se, em síntese, a demonstrar a breve evolução do Superior Tribunal de Justiça como Corte.

6.5 – O Superior Tribunal de Justiça em mutação.

Como já demonstrado neste trabalho o Superior Tribunal de Justiça, criado no bojo da Constituição de 1988, surgiu como sucessor do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Federal de Recursos, vez que, utilizando-se dos recursos físicos e humanos deste, herdou competências antes atribuídas a ambas as Cortes.

Em que pese ter se utilizado inicialmente da estrutura do TFR, o Superior Tribunal de Justiça foi criado como uma verdadeira válvula de escape à crise numérica que atingia o

Supremo Tribunal Federal, buscando dar fôlego a esta Corte, revestindo-a cada vez mais na qualidade de Corte Constitucional, passando ao novo Tribunal a tarefa de defender a lei e unificar o direito federal infraconstitucional, vez que recebeu o encargo de julgar, por meio de Recurso Especial decisões que i) contrariem ou neguem vigência a tratado ou lei federal; ii) que julgue válido ato de governo local em face de lei federal e; iii) der a lei federal interpretação diferente da que já fora atribuída por outro tribunal.

Nesse sentido, já nos debates acerca da criação do STJ na Assembleia Nacional Constituinte, restou claro que o Tribunal a ser criado espelhava-se em uma Corte de Cassação, responsável por promover a tutela da legalidade, ou seja, o controle da correta aplicação do texto legislativo nas decisões judiciais, buscando o exato sentido da lei, o qual seria dado a partir de reiterados julgados, gerando, em consequência, uma “jurisprudência uniforme”.

Assim, criado com um viés nitidamente cassacional, a preocupação com o gigantismo do Tribunal já era alertada nas discussões constituintes, previsão que se viu consolidada com passar dos anos, face ao exponencial aumento dos processos originários e recursos encaminhados à Corte, que saltou de 14.087 casos distribuídos em 1990 para 333.905 feitos em 2015, perfazendo um aumento de 23, 7 vezes no volume de trabalho (BRASIL. 2016d, p. 28).

Os já citados dados lançados pelo Superior Tribunal de Justiça em 1º de julho de 2016 confirmam a crise numérica e o volume de trabalho dos Ministros. No primeiro semestre forense de 2016 a Corte julgou 223.167 processos, o que perfaz uma média de 6.757 por Ministro, tendo sido notado um aumento de 20% no número de processos recebidos pela Corte em relação a igual período em 2015, existindo o total de 339.251 processos em trâmite no tribunal (BRASIL. 2016a).

O crescimento exponencial do acervo de processos pendentes de julgamento na Corte teve como fundamento, entre outros fatores: i) a vasta matéria cuja competência para processamento e julgamento foi atribuída à Corte, reflexo da ampla competência legislativa da União; ii) a cultura demandista e; iii) o Recurso Especial ter sido pensado e criado como um apelo de ampla recorribilidade, entendido como direito subjetivo da parte em rever a decisão prolatada por Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal.

Desta forma, a inexistência de filtro recursal que viesse a substituir a extinta arguição de relevância da questão federal, fez com que o Superior Tribunal de Justiça, criado para tutelar a legalidade das decisões que tratem de questões de direito federal infraconstitucional comum, se visse imerso em uma quantidade enorme de processos, formando uma jurisprudência cambiante, encontrando-se impedido de atuar a contento, demorando, em

média, 1.138 dias¹²⁶ para o trâmite de processo desde sua distribuição até sua efetiva baixa (RECONDO. 2015).

Dada à crise numérica que assola o Superior Tribunal de Justiça, necessárias foram intervenções a fim de possibilitar o trabalho da Corte ao menos de forma racional, sendo que o próprio Tribunal, reagindo a avalanche de processos, buscou, de forma perversa, fechar suas portas por meio da criação de expedientes que ficaram conhecidos como jurisprudência defensiva.

Por outro lado, como também já tratado, inovações legislativas e constitucionais buscaram alterar a forma de funcionamento das Cortes de Cúpula, o que se deu por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, alterações pontuais no Código de Processo Civil de 1973, culminando com a promulgação do Novo CPC, que tiveram como escopo a imposição de técnicas de restrição ao processamento de recursos, vide Repercussão Geral como requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário; implementar técnicas que visem potencializar o alcance do julgamento de apelos individuais, como os recursos repetitivos e súmula vinculante; bem como a criação de um sistemática de precedentes a ser adotada no ordenamento jurídico nacional.

Importante fato que também demonstra um processo de compreensão da função do Superior Tribunal de Justiça na ordem constitucional posta, se deu por meio do já analisado julgamento da Questão de Ordem no Recurso Especial nº 1.308.830/RS, no qual se reconheceu a natureza *jus constitutionis* do Apelo Nobre.

Contudo, em que pese isolados comportamentos da Corte e as alterações legislativas em comento, que se deram na tentativa de racionalizar o trabalho do Superior Tribunal de Justiça e forçar a guinada para que passe a atuar como uma verdadeira Corte Suprema, voltada à promoção da legalidade, tem-se que a mera criação de expedientes processuais não é apta a promover mudanças de comportamento, sendo importante a conscientização dos próprios Ministros da sua função no Estado Democrático de Direito, o esvaziamento de vaidades pessoais, que permita a institucionalização de posicionamentos e o sentimento de pertencimento ao colegiado, que ao formar um precedente, vê-se também vinculado a *ratio decidendi* extraída.

Nesse sentido, esclarecedor o posicionamento de Camilo Zufelato (2015, p. 126):

El punto central en esa mutación funcional de los tribunales de vértice que está en curso en el Brasil es el reconocimiento del desempeño de la función

¹²⁶ A média de 1138 dias entre a distribuição e baixa do processo no STJ acima mencionada, refere-se aos processos baixados no período compreendido entre outubro de 2012 e outubro de 2014.

de crear precedentes que una corte suprema debe ejercer. Solamente con ese cambio de paradigma es que el STF y el STJ realmente completarán ese ciclo ya iniciado de mutación funcional.

Dessa forma, as alterações legislativas e o posicionamento da própria Corte vêm demonstrando uma mutação funcional no STJ; todavia, perderam-se oportunidades de instituição de filtros seletores aos Recursos Especiais, instrumentos aptos a dar maior fôlego a Corte e permitir que esta desempenhe, em consonância com sua estrutura, a função de promover a legalidade.

Assim, nesta fase de transição e de frente com uma nova sistemática processual, o STJ vê-se desafiado a completar a transição de Corte de matriz cassacional para uma Corte Suprema, o que ocorreu a contento na Alemanha, como já analisado no Capítulo 2 deste trabalho.

Demonstrado que se encontra em trâmite um processo de autoconhecimento da Corte, que pode levá-la a desempenhar de forma mais eficaz sua função de coautor no desenvolvimento do direito, passa-se a analisar, de forma ilustrativa, alguns julgados do STJ, que são hábeis o desempenho de sua função no Estado Democrático de Direito.

7 – O PAPEL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO DESENVOLVIMENTO DO DIREITO

Retomando a ideia de que o Judiciário deve encontrar-se ao lado o Legislativo na construção do Direito, promovendo seu desenvolvimento a par e passo com as transformações da sociedade, tem-se que tal posição destacou-se quando do advento do Estado Constitucional, no qual se viu distinto o conceito de enunciado legislativo e norma, tornando-se nítido que a decisão interpretativa não é mera consequência lógica da aplicação do texto legal, pois a partir de normas abertas, conceitos jurídicos indeterminados e textos potencialmente equívocos, sua aplicação depende de valorações, eleições e utilização de diretivas interpretativas¹²⁷, motivo pelo qual o Judiciário passa a ter “o poder de delinear o direito em face de determinadas particularidades concretas, conferindo-lhe especificidade” (MARINONI. 2014, p. 143).

Nesse cenário, não mais subsiste o modelo de Corte que atue como mera boca da lei, vez que em face ao ordenamento jurídico fundado em regras de conteúdo aberto, marcadas pela vagueza ou imprecisão de conceitos, cabe ao magistrado adequar, por meio de técnicas interpretativas e razões apropriadas, o texto às novas realidades sociais, o que gera, em consequência, o desenvolvimento do próprio Direito.

Sobre as normas abertas e a função de desenvolvimento do Direito pelo Judiciário, Luiz Guilherme Marinoni (2014, p. 144) afirma:

[...] são textos legais que convidam o juiz a colaborar a partir do caso concreto, editando a norma que o próprio texto sequer ousou projetar sentido. Esse não tem como premissa o texto legal, mas a sua própria vagueza a reclamar a consideração do caso concreto para a elaboração da norma. O texto reclama a participação do Judiciário, dada a prévia constatação da necessidade de elaborar o direito no caso concreto.

Desta forma, em frente ao Estado de matriz constitucional, o Superior Tribunal de Justiça, revestido na qualidade de Corte Suprema, atua com atividade interpretativa, que “consiste em individualização de sentidos possíveis, valoração e decisão” (MARINONI. 2014, p. 110), vez que “não se pode simplesmente descobrir e descrever a norma implícita no

¹²⁷ Sobre as diretivas interpretativas, próprias do modelo de interpretação operativa de Wróblewski, Marinoni (2016, p. 110) assim apresenta a distinção de dois níveis: “As diretivas de primeiro nível têm em conta os contextos relevantes de cada regra, ou seja, contextos linguísticos, sistemático e funcional. As diretivas de segundo nível se dividem em diretivas de *procedimento*, que determinam como as diretivas de primeiro grau devem ser utilizadas, e diretivas de *preferência*, que entram em ação quando os resultados da aplicação das diretivas de primeiro grau são incompatíveis. Melhor explicando: as diretivas de preferência servem para definir o resultado-interpretação ou interpretação-final quando as diretivas de primeiro grau conferem distintos significados ao texto interpretado”.

texto legal ou o direito inscrito no sistema” (MARINONI. 2014, p. 100), sendo necessário, portanto, a fim de dotar a decisão de aceitabilidade racional, que esta venha acompanhada de razões apropriadas, aptas a justificar a correção do significado atribuído ao texto.

A interpretação jurídica no Estado Constitucional é, portanto, instrumento necessário à atividade dos Tribunais de Cúpula, pois, apesar de se ter como primeiro parâmetro a lei, sua aplicação gera como produto um significado autônomo, sendo certo que: “o texto legal ou a lei, como enunciado das fontes, não se confunde com o ditado judicial proveniente da atividade de interpretação. Esse ditado é o sentido atribuído pelo juiz ao enunciado legislativo” (MARINONI. 2014, p. 110) e, a partir deste enunciado, que traz consigo valorações e subjetividades do próprio magistrado, pautado em razões apropriadas, torna-se possível a adequação, aperfeiçoamento e desenvolvimento do Direito.

Porém, para que a interpretação constitua efetivo instrumento de desenvolvimento do Direito, acompanhando os avanços da sociedade, Marinoni (2016, p. 112) aponta para necessidade de se adotar a ideologia dinâmica da interpretação, a qual é assim definida:

Caracterizada pela necessidade de adaptação dos textos legais à evolução da realidade social. O modo como a sociedade se comporta, assim como suas necessidades e expectativas, especialmente em suas dimensões ética, política religiosa, econômica e cultural são determinantes da compreensão do texto legal, conferindo ao intérprete uma possibilidade de “ajuste” da lei e de desenvolvimento do direito.

Portanto, como uma Corte de interpretação, que deve desempenhar seu papel num Estado de matriz constitucional, deixa-se de lado a ideia de tutela da lei para se destacar e privilegiar, nos Tribunais de Vértice, a missão de colaboração na definição e no desenvolvimento do Direito, cabendo ao Tribunal o dever de constantemente reformular e adequar o texto legal às novas realidades e valores da sociedade, atribuindo-lhe sentido condizente com seu tempo e realidade social (MARINONI. 2014, p. 111).

Assim, o desenvolvimento do Direito a partir das atividades da Corte de Vértice depreende-se da própria compreensão do Direito no Estado Constitucional, que na busca de impedir o envelhecimento precoce do texto legal, alterou a técnica legislativa de casuística para uma técnica aberta e casuística, abarcou regras, princípios e postulados na teoria das normas e, em consequência, deu ao Judiciário, por meio da interpretação jurídica e da exposição de razões apropriadas, a tarefa de “reconstrução do sentido normativo das proposições e dos enunciados fático-jurídicos à vista do caráter *não cognitivista e lógico argumentativo* do Direito” (MITIDIERO. 2013, p. 15).

Demonstrada a possibilidade da Corte outorgar sentido ao texto legislativo por meio da interpretação, o que pode culminar no desenvolvimento do Direito, tem-se que o aperfeiçoamento do sistema por meio do Judiciário somente se torna completo se as decisões prolatadas revestirem-se de autoridade perante as instâncias inferiores e servirem como parâmetro para as condutas a serem tomadas pelos jurisdicionados, motivo pelo qual devem ser entendidas como precedentes com vinculação horizontal e vertical.

Para tanto, a Corte, ao promover o desenvolvimento do Direito, o que se dá a partir do julgamento de recurso interposto pela parte, deve se atentar a análise fática, o que possibilitará a aplicação ou não do precedente aos casos futuros, bem como a apresentação de apropriadas razões, promovendo a justificação judicial que dará racionalidade e compreensão ao precedente. Sobre a formação e identificação da *ratio decidendi*, Mitidiero (2013, p. 72) afirma:

[...] para identificação, compreensão e aplicação do precedente *é indispensável levar em consideração as razões fático-jurídicas que presidirem a sua formação*. Sem análise do caso em toda sua inteireza não há como compreender o precedente, com que a *justificação judicial e os fatos da causa nela implicados não constituem elementos marginais* para compreensão do modelo de Corte Suprema.

Desta feita, no Estado Constitucional, as Cortes de Vértice, que tenham como finalidade interpretar o Direito e criar precedentes, podem promover o desenvolvimento do Direito, no sentido de aumentar o estoque de normas, de acompanhar as mudanças ocorridas na realidade social, ofertando maiores liberdades e direitos aos cidadãos, por meio de decisões em processos que requerem o pronunciamento do Tribunal, tais como aquelas que versem sobre questões ainda não legisladas ou que extrapolem os subjetivos interesses das partes, as quais repercutirão seus efeitos por toda a sociedade, desde que apontem a moldura fática envolvida e a profunda justificação judicial.

No que toca às funções desempenhadas pelo Superior Tribunal de Justiça, quando a Corte se depara com textos abertos e ambíguos, conceitos vagos e indeterminados, sendo provocada a outorgar-lhes sentido, encontra-se apta a promover o desenvolvimento do Direito infraconstitucional federal, vez que suas decisões passam a ter o condão de pacificar determinado entendimento sobre o texto legislativo, bem como servir de parâmetro, mesmo que sem força vinculante, para a atuação de instâncias inferiores.

Outra situação na qual se nota a tarefa de desenvolvimento do Direito por meio da atividade exercida pelo Superior Tribunal de Justiça, ocorre no momento em que a Corte se depara com uma situação concreta ainda não pensada pelo Legislador, oportunidade na qual

se oferece ao intérprete a faculdade de “considerar o texto valorando aspectos morais, culturais, econômicos e políticos do seu momento histórico” (MARINONI. 2014, p. 143).

Outrossim, espera-se poder notar a função de desenvolvimento do Direito a partir da atividade jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça, quando este for provocado a aplicara a nova sistemática processual, que traz ao ordenamento jurídico brasileiro a técnica do *overruling*, prevista no artigo 927, §§ 2º e 4º do CPC, que permite ao Tribuna determinar a superação de tese jurídica já firmada, oxigenando o Direito, impedindo seu engessamento e precoce envelhecimento.

Ademais, o Tribunal, ao promover a harmonização do texto legislativo com princípios e regras constitucionais ou ainda com o teor de outros dispositivos infraconstitucionais, outorga à lei federal sentido que por vezes diverge do que friamente está posto no texto, dando maleabilidade ao sistema e permitindo que a lei seja interpretada e aplicada de acordo com o ordenamento jurídico como um todo.

Traçada a forma como a interpretação jurídica, atividade inerente aos Tribunais de Cúpula no Estado Constitucional, pode ser apta a promover o desenvolvimento do Direito, importante destacar que o Tribunal da Cidadania, a fim de fazer com que os entendimentos por ele firmados sejam replicados pelas demais instâncias do Poder Judiciário, bem como paute o comportamento dos cidadãos, vem se utilizando de seu *site* como propagador dos seus “precedentes”.

A partir da sua própria compreensão como Corte, incumbida de interpretar e orientar a aplicação do Direito, o STJ sustenta em seu *site* aba denominada “jurisprudência”, na qual se encontram três páginas que têm como finalidade informar, ao menos à comunidade jurídica, os entendimentos firmados pelo Tribunal, sendo estas: i) informativo de jurisprudência; ii) jurisprudência em teses; e iii) legislação aplicada.

A organização do *site* do Tribunal demonstra, portanto, que a Corte se preocupa em ofertar, de forma organizada e de fácil acesso, as interpretações que consolida, seja por meio de comentários ao texto legislativo a partir de trechos de acórdãos (legislação aplicada), seja a partir das teses firmadas pelo STJ, selecionadas pela novidade no âmbito do Tribunal e pela repercussão no meio jurídico (informativo de jurisprudência).

Sobre tais formas de comunicação, merece destaque a sessão denominada “jurisprudência em tese”, que é definida pelo *site* do Tribunal da seguinte forma: “publicação periódica que apresenta um conjunto de teses sobre determinada matéria, com os precedentes mais recentes do Tribunal sobre a questão”. Tal instrumento criado pelo STJ ressalta sua

preocupação em propagar as teses firmadas e que estas sejam devidamente ventiladas e aplicadas pelos demais órgãos do Judiciário.

Contudo, a estrutura de apresentação de teses, que por vezes reflete a caótica jurisprudência formada pela Corte com decisões conflitantes e contraditórias entre si, para que seja entendida como um instrumento eficaz a divulgação de precedentes, buscando orientar a própria sociedade das normas que a regula, necessita passar pela reestruturação da própria forma de julgamento e dos acórdãos prolatados, vez que a Corte Suprema, não deve se preocupar unicamente com a solução da lide, mas, principalmente, com a determinação dos fatos e a exposição de razões apropriadas, que ofertem racionalidade e universalidade aos precedentes.

Demonstradas as formas como o STJ, inserido no Estado Democrático Constitucional, pode atuar ao lado do Legislativo na tarefa de promover o desenvolvimento do Direito, possibilitando o acompanhamento das evoluções sociais, bem como as formas como a Corte vem buscando dar publicidade aos seus precedentes, passa-se a analisar, de modo exemplificativo, algumas decisões que demonstram o desempenho desta função.

Cumprir destacar, desde já, que a escolha dos casos analisados deu-se de forma aleatória, com mera finalidade exemplificativa, não havendo a pretensão de estudar a aplicação de teorias de interpretação jurídica pelo STJ, mas, tão somente, trabalhar com casos paradigmas que possibilitaram o desenvolvimento do Direito por meio de decisões da Corte.

Apesar desta dissertação encontrar-se situada no âmbito do direito processual civil, os casos abaixo estudados tratam do desenvolvimento do Direito material, vez que se busca apontar como o Superior Tribunal de Justiça, ao interpretar a lei federal infraconstitucional, pode acompanhar as mudanças sociais, fatos estes que são mais facilmente notados quando se trabalha com o direito substancial.

Há de se ressaltar, entretanto, que no campo do processo civil encontra-se material na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que pode ser reconhecido como fonte de desenvolvimento do Direito. Como exemplo, pode-se citar o julgamento do Recurso Especial nº 1.243.887/PR, que reconheceu a extensão *erga omnes* da coisa julgada coletiva, afastando a restrição territorial prevista no artigo 16 da Lei 7.347/1985 e a competência para ajuizamento de ações individuais de liquidação e execução¹²⁸, o que se deu com base na interpretação dos artigos 103 e 93 do CDC.

¹²⁸ Sobre o desenvolvimento do Direito advindo do julgamento do Recurso Especial nº 1.243.887/PR, Camilo Zufelato (2012, p. 290) critica a maneira como tratada a fundamentação do Acórdão da seguinte maneira: “Não há, é bem verdade, uma análise aprofundada e detalhada deste *thema decidendum* no voto. De maneira muito

Todavia, muitas interpretações do Superior Tribunal de Justiça no campo do processo civil, notadamente quando se trata de requisitos de admissibilidade de Recurso Especial, podem ser consideradas como forma de jurisprudência defensiva, o que se dá por meio da criação de ilegítimos filtros recursais, podendo citar como exemplo Recurso Especial 715.345/RS, no qual se consagrou o entendimento de ser intempestivo o apelo nobre interposto antes do julgamento de Embargos de Declaração e nos Embargos de Declaração na Sentença Estrangeira Contestada nº 3.660 – GB, na qual se determinou a intempestividade de recursos interpostos antes da publicação da decisão recorrida no diário oficial.

Desta feita, como se tratará os casos abaixo de forma exemplificativa, entende-se que matérias atinentes ao Direito substancial demonstram de forma mais clara a possibilidade do Tribunal da Cidadania atuar como órgão apto a promover, ao lado do legislador, o desenvolvimento do Direito. Portanto, os acórdãos abaixo selecionados, que versam sobre direito material, buscam ilustrar como o Superior Tribunal de Justiça, por vezes, se antecipa ao Legislador, ofertando ao jurisdicionado maiores liberdades, por meio de decisões fundamentadas; como busca o diálogo com construções doutrinárias; e como lida com lacunas na lei, gerando em consequência o desenvolvimento do Direito.

7.1 – O desenvolvimento do direito à adoção pelo STJ.

Como já trabalhado nesta dissertação, a atuação do Judiciário como colaborador no desenvolvimento do Direito pode se dar quando os precedentes formados são aptos a acompanhar a evolução da sociedade, promovendo desta forma a legalidade, por meio de interpretações que partem de uma técnica legislativa própria ao Estado Constitucional, qual seja, permeada por normas abertas, conceitos jurídicos indeterminados e textos potencialmente equívocos.

Sobre a evolução do direito por meio da jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, farto material se encontra quando da pesquisa de julgamentos de casos envolvendo Direito de Família, pois com novas composições familiares¹²⁹ na sociedade, sejam elas

singela afasta-se a restrição territorial do art. 16 da Lei 7.347/1985, conforme referido acima, afirmando que a extensão da eficácia da decisão se dá numa conjugação entre os art. 103 (coisa julgada) e art. 93 (competência) ambos do CPC, e se estenderá para alcançar todos os interessados independentemente de onde se localizem”.

¹²⁹ Sobre o impacto do que chamou de pluralismo das relações familiares, Maria Berenice Dias (2008, p. 38) afirma: “ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade. Rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento, mudando profundamente o conceito de família. A consagração da igualdade, o reconhecimento da existência de outras estruturas de convívio, a liberdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na família.”.

heteroafetivas, homoafetivas, monoparentais, anaparentais, pluriparentais, eudemonista, unipessoal, entre outras, viu-se o Judiciário ante novos debates e questionamentos, tendo o Ministro João Otávio Noronha asseverado que a própria construção do direito de família no Brasil é pretoriana, como se denota do seguinte trecho de seu julgado:

Às vezes, têm-nos assacado com a crítica de que estamos legislando em matéria de Direito de família. *Data venia*, lembro que toda construção de Direito familiar no Brasil foi pretoriana. A lei sempre veio *a posteriori*. Com o concubinato foi assim, com a união estável foi assim. (BRASIL. 2010, p. 29).

Na mesma linha, posicionou-se o Ministro Luis Felipe Salomão ao analisar a evolução do direito privado pelo Superior Tribunal de Justiça:

[...] o STJ não descuro de levar em conta as modificações dos usos e costumes da sociedade, refletindo essa evolução em seus julgamentos, como ocorre de forma mais clara com o direito de família. Observa-se que, após a Constituição de 1988, houve uma verdadeira revolução jurisprudencial no que diz respeito ao direito de família, aplicando-se, a partir de então, o princípio da igualdade entre os filhos, independentemente da origem. (BRASIL. 2010, p. 25).

Nesse sentido, a fim de ilustrar como a aplicação do Direito pelo STJ pode gerar seu desenvolvimento em harmonia com as evoluções sociais, tratar-se-á de dois posicionamentos firmados pelo STJ referentes à adoção, destacando-se os julgamentos do Recurso Especial nº 127.541/RS de relatoria do Ministro Eduardo Ribeiro e do Recurso Especial nº 889.852/RS de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão.

Destaca-se, desde já, que a escolha dos julgados em análise foi feita pela sua grande repercussão, não havendo neste momento nenhuma intenção de esgotar a análise dos posicionamentos adotados pelo Tribunal da Cidadania que tenham sido aptos a desenvolver o direito de família, fato que se repete nos demais casos analisados neste capítulo.

Feita tal ressalva, torna-se importante para a demonstração o desenvolvimento do direito à adoção em referidos acórdãos, traçar breves considerações sobre o marco legislativo compreendido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pela Lei nº 12.010/2009, denominada Lei da Adoção.

Tais textos legais orientam-se por dois princípios básicos apostos nos artigos 227 da Constituição Federal, quais sejam: i) *o melhor interesse da criança e do adolescente*¹³⁰ e; ii) *a*

¹³⁰ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (redação dada pela Emenda Constitucional nº 65/2010).

*plena igualdade entre filhos*¹³¹, os quais colocaram fim na desigualdade entre filhos havidos na constância ou não do casamento, bem como entre adotivos e biológicos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente trata a adoção como medida excepcional e irrevogável, constituída por sentença, devendo ser utilizada somente quando esgotadas as possibilidades de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa.

Havendo sentença que reconheça a adoção, criam-se direitos e deveres decorrentes do vínculo de parentesco entre o adotado e a família substituta, laços que se estendem até o quarto grau. Ademais, cessam-se os vínculos com a família natural, exceto para impedimentos matrimoniais (BARBOZA. 2011, pp. 500-501).

Prevê ainda o ECA, em seu artigo 42, que respeitada a diferença de 16 anos entre adotante e adotado e independentemente do seu estado civil, pode adotar qualquer pessoa maior de 18 anos, exceto os ascendentes e irmãos do adotando; sendo permitido, conforme § 2º do referido artigo, adoção conjunta se os adotantes forem casados civilmente ou viverem em união estável, devendo ser comprovada a estabilidade familiar.

Nessa esteira, sobre os dispositivos que regulam a adoção, interessante a crítica feita por Heloiza Helena Barboza (2011, p. 501):

Não obstante significativos avanços do ECA e, especialmente da Nova Lei de Adoção, diversas situações sociais, que não se enquadram no modelo legal, se apresentam e desafiam o intérprete. Este é o caso dos diferentes arranjos familiares não previstos pela lei, como a adoção conjunta por duas pessoas irmãs, da adoção por pessoas homossexuais, isoladamente ou em que vivam em união livre, ou mesmo da adoção embriões crioconservados.

Assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente, promulgado em 1990, bem como a Nova Lei da Adoção, ainda se mostram apegadas ao “tradicional” padrão familiar que pressupõe pai-mãe-filho, sem se atentar a realidade social e a necessidade de se dar efetividade ao melhor interesse do menor, o que seria resguardado, de forma mais eficaz, caso fosse permitida, expressamente, a adoção por entidades familiares diversas do modelo socialmente imposto.

Demonstrada, de forma breve, a sistemática da adoção trazida pelo ECA e pela Lei 12.010/2009, tratar-se-á dos julgamentos supra referidos, que colaboraram com o desenvolvimento do Direito.

O Recurso Especial nº 127.541/RS, relatado pelo Ministro Eduardo Ribeiro, julgado em 10 de abril de 2000 pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, com participação

¹³¹ § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

dos Ministros Waldemar Zveiter, Carlos Alberto Menezes Direito, Ari Pargendler e Nilson Neves, reconheceu o direito do filho adotado em investigar sua paternidade biológica, fato sobre o qual o Estatuto da Criança e do Adolescente era silente.

O Recurso Especial em análise trata de ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de fixação de alimentos, movido pela adotada em face de seu suposto pai biológico, o qual foi extinto em primeira instância por carência de ação, tendo sido a decisão reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em acórdão que foi desafiado por meio do referido Apelo Nobre, fundamentado nas alíneas ‘a’ e ‘c’ do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, alegando-se violação aos artigos 348 do Código Civil de 1916¹³², 113 da Lei 6.015/1973¹³³ e 41 e 48 do ECA¹³⁴, bem como dissídio jurisprudencial.

A discussão presente nos autos baseava-se no fato de poder ou não o adotado investigar sua paternidade biológica, dado o fato do ECA prever que ocorrendo a adoção opera-se o desligamento do vínculo havido com os pais e parentes, exceto os impedimentos matrimoniais.

Entretanto, entendeu a Turma julgadora pela possibilidade de investigação de paternidade/maternidade, afirmando inexistir no ordenamento jurídico óbice à busca da origem genética, fato este que em momento algum prejudica a irrevogabilidade da adoção, tendo assim afirmado o Ministro Relator:

O problema se coloca em vista do que estabelece o artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente. De acordo com a norma que ali se encontra, a adoção desliga o adotado de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

Cumpra, entretanto, observar. Se os vínculos jurídicos desaparecem, claro que não se podem extinguir os laços naturais e, por isso mesmo, persistem os citados impedimentos. E pode corresponder a uma respeitável necessidade psicológica dos pais biológicos. De qualquer sorte, algum interesse jurídico resta, em razão dos óbices ao casamento. (BRASIL. 2000, p. 1).

Portanto, entendeu-se pela possibilidade jurídica da investigação de paternidade, vez que o pedido não encontrava qualquer vedação no ECA, impondo-se assim a aplicação do teor do artigo 27 do Estatuto, que dispõe: “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça”.

¹³² “Art. 348 - Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.”

¹³³ “Art. 113. As questões de filiação legítima ou ilegítima serão decididas em processo contencioso para anulação ou reforma de assento.”

¹³⁴ “Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”. “Art. 48. A adoção é irrevogável” (redação anterior a Lei 12.010/2009).

Ainda importante ressaltar que ao final do Voto, o Ministro Relator faz menção a obra do Professor Antonio Chaves, destacando:

Parece-me correta a conclusão a que chegou Antonio Chaves ao afirmar que *“no nosso direito não existe base legal alguma para proibir o reconhecimento do adotado e mesmo ainda a determinação judicial da filiação”*, embora considere que isso seria conveniente de *lege ferenda*. O que no ordenamento pátrio existe é norma admitindo o reconhecimento do estado de filiação (art. 27 da Lei 8.069). (BRASIL. 2000, p. 2)

Assim, por meio do julgamento do Recurso Especial em comento, a Corte firmou entendimento sobre a possibilidade de investigação de paternidade biológica¹³⁵, sendo este posicionamento reiterado pela Corte nos julgamentos dos Recursos Especiais nº 813.604/SC e 220.623/SP e força motriz para alteração do teor do artigo 48 do ECA, o que se deu por meio da Lei 12.010/2009, que passou a prever: “O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos”.

Nessa linha, ao analisar a evolução do Direito pelo STJ, Heloiza Helena Barboza (2011, p. 509) afirma:

Os tribunais muitas vezes antecipam o legislador. Este é o caso do direito do filho adotivo ao conhecimento da origem genética, admitido pelo STJ desde 200, e que passou a integrar o ECA apenas em 2009, por força da Lei 12.010/2009, que deu nova redação ao artigo 48, para assegurar ao adotado o direito de conhecer sua origem biológica, bem como obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos, a seu pedido”.

Demonstrado o desenvolvimento do Direito no julgamento acima analisado, passa-se ao estudo do teor do Recurso Especial nº 889.852/RS de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 27 de abril de 2010 pela Quarta Turma do STJ, com participação dos Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (desembargador convocado do TJ/AP), Aldir Passarinho Junior e João Otávio de Noronha.

O caso que chegou ao Tribunal da Cidadania por meio do referido recurso, que teve como moldura fática o pedido de adoção de irmãos biológicos menores, por LMBG, a qual

¹³⁵ Sobre a possibilidade de investigação da origem biológica, aresto do Supremo Tribunal Federal prolatado no Recurso Extraordinário nº 363.889, também demonstra a evolução do tema, vez que reconheceu a relativização da coisa julgada nos casos em que não foi possível determinar a existência de vínculo genético em decorrência da não realização de exame de DNA, encontrando-se assim fundamentado o Acórdão relatado pelo Ministro Dias Toffoli: “deve ser relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo” (BRASIL. 2011^a, p. 3).

informou a existência, desde 1998, de união homoafetiva com LRM, que havia adotado as crianças desde o nascimento.

Em sentença de Primeira Instância foram deferidos os pedidos da autora de adoção dos menores, determinando-se, em consequência, a inserção do sobrenome da requerente nas crianças, sem menção as palavras pai e mãe.

Inconformado com o teor da decisão monocrática, recorreu o Ministério Público gaúcho, mas sem sucesso no seu pleito, ainda irresignado interpôs Recurso Especial ao acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, fundamentando o apelo nas alienas “a” e “c” do permissivo constitucional, alegando contrariedade aos artigos 1.622 e 1.723 do Código Civil¹³⁶ e 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro¹³⁷, e requerendo provimento ao recurso: “para o fim de definir a união homossexual apenas como sociedade de fato e, conseqüentemente, fazer incidir o artigo 1.622 do Código Civil, vedando a adoção conjunta dos menores pleiteada”.

Antes de adentrar a leitura dos fundamentos apostos no julgamento do Recurso Especial, ressalta-se que a decisão em estudo foi prolatada antes do julgamento conjunto pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Direita de Inconstitucionalidade 4277/DF e da Arguição e Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ, ambas relatadas pelo Ministro Carlos Ayres Britto, julgadas em 05 de maio de 2011, meio pelo qual a Corte reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo, dando-se interpretação conforme a Constituição Federal para afastar qualquer significado do artigo 1.723 do CC que exclua o reconhecimento de união homoafetiva como entidade familiar¹³⁸ (BRASIL. 2011).

Assim, inexistindo ainda interpretação conforme a Constituição do artigo 1.723 do Código Civil, ou seja, anterior à declaração em controle concentrado de constitucionalidade sobre a união estável entre pessoas do mesmo sexo, a decisão em comento foi um avanço à afirmação dos direitos dos homoafetivos, consistindo em clara evolução do Direito.

¹³⁶ : “Art. 1.723 é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. “Art. 1.622 ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável”, este último revogado pela Lei 12.010/2009.

¹³⁷ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

¹³⁸ A decisão do STF que deu interpretação conforme ao artigo 1.723 do Código Civil, reconhecendo a natureza jurídica da união estável entre casais homoafetivos e seus reflexos constitui exemplo do desenvolvimento do direito por parte do Judiciário, sendo que a partir da decisão em na ADPF 123/RJ e ADI 4277/DF, viu-se editada a Resolução 175 de 14 de maio de 2013 do Conselho Nacional de Justiça, que proibiu a recusa, por parte de autoridade competente, da habilitação, celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo, possibilitando, em caso de recusa, a imediata comunicação do ato ao respectivo juiz corregedor.

No Recurso em estudo, logo no início do voto do Relator, o Ministro Luis Felipe Salomão fez referência à necessidade da atenção da Corte à realidade social, tendo asseverado:

É a sincronização necessária entre a interpretação legal com o tempo presente. De fato, houve momento na história em que aparecer com o tronco desnudo na praia era considerado obsceno, passível o auto de prisão em flagrante. Em tempos outro casamento interracial, nos Estados Unidos da América, era proibido em alguns estados da federação. Destarte, em um mundo pós-moderno de velocidade instantânea da informação, sem fronteiras ou barreiras, sobretudo culturais e as relativas aos costumes, onde a sociedade transforma-se velozmente, a interpretação da lei, segundo penso, deve levar em conta, sempre que possível, os postulados maiores do direito universal. (BRASIL. 2010, p. 8).

Ao tratar do Direito a ser aplicado ao caso, o Ministro Relator levantou dois pontos principais ao deslinde do feito: i) a união havida entre a Requerente a adotante dos menores e; ii) inexistência de previsão jurídica permitindo a inclusão como adotante, do nome da companheira do mesmo sexo nos registros de nascimento das crianças.

Assim, ao enfrentar a questão da lacuna da lei, o voto do Ministro Luis Felipe Salomão aponta que tal fato não pode ser tido como óbice à proteção pelo Estado dos direitos das crianças, previsto no artigo 1º da Lei 12.010/2009, sendo o constitucional princípio do melhor interesse da criança e do adolescente o guia do julgado em comento.

Desta forma, prendendo-se a premissa de que o melhor interesse dos menores deve ser garantido pelo Estado, o Ministro Relator analisou estudos especializados sobre adoção por casais homoafetivos, os quais foram unânimes em apontar para a inexistência de qualquer inconveniente ou prejuízos aos menores adotados, bem como se apoiou em estudo social realizado na família, o qual, nas palavras do julgador, demonstrou ser: “incontroverso que existem fortes vínculos afetivos entre a recorrida e os menores – sendo a afetividade aspecto preponderante a ser sopesado numa situação como a que ora se coloca em julgamento” (BRASIL. 2010, p. 12).

Pautado na inexistência de qualquer prejuízo, o que restou apontado por estudo científico e social, com fulcro no constitucional princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, bem como no dever do Estado em garantir-lhes a dignidade e a convivência familiar, entendeu-se pelo deferimento da adoção.

Ademais, interessante o trecho do Acórdão em comento, no qual se faz severa crítica ao recurso interposto pelo Ministério Público ao afirmar:

Na verdade, a fundamentação do recurso especial passa distante do ponto central da questão, qual seja, os interesses da criança e, no que diz respeito ao

caso concreto, insurge-se apenas quanto à situação das mães, por isso que do tribunal de origem assinalou:

‘Ora, ao acolher-se eventualmente o recurso interposto por quem tem o dever legal de proteger as crianças e adolescentes, o que isto mudaria? Afinal o que quer o a gente ministerial? Que essas crianças sejam institucionalizadas? Que as mães se separem?’ (BRASIL. 2010, p. 11).

No que tange as alegadas contrariedades aos artigos do Código Civil e da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, o Ministro Relator foi claro em afirmar que não vê proibição ao reconhecimento de qualquer tipo de união, desde que preenchidos os requisitos legais, motivo pelo qual, em face à lacuna na lei e ao princípio do *non liquet* “admite-se a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador” (BRASIL. 2010, p. 16).

Nesse sentido, ao fundamentar a necessidade de tratamento das uniões homoafetivas de modo idêntico aos despendidos às uniões estáveis, faz-se referências a julgados paradigma da própria Corte, que embora não tenham reconhecido expressamente a união estável homoafetiva determinou tratamento igualitário em termos patrimoniais, quais sejam: i) Recurso Especial nº 1.026.981/RJ de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, meio pelo qual se reconheceu ao companheiro sobrevivente o direito a pensão *post mortem* (BRASIL, 2010a); e ii) Recurso Especial nº 238.715/RS de relatoria do Ministro Humberto Gomes de Barros, o qual determinou a inclusão de companheiro homossexual em plano de assistência médica de seu companheiro¹³⁹ (BRASIL. 2006).

Conclui-se, portanto, no voto que, mesmo que não fosse reconhecida a existência de união estável entre casais homossexuais, tal entidade familiar deveria receber o mesmo tratamento dado às uniões estáveis, o que afasta a pretendida violação do artigo 1622 do CC, o que levou a negativa de provimento ao recurso e a manutenção da decisão do TJ/RS.

Ainda sobre a importância do Judiciário na evolução dos direitos homoafetivos e no tratamento igualitário entre uniões de pessoas do mesmo sexo e uniões estáveis, interessante citar o trecho do Voto da Ministra Nancy Andrighi, no citado REsp nº 1.026.981/RJ:

A quebra de paradigmas no Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação,

¹³⁹ Ambos citados recursos também podem ser considerados como instrumentos ao desenvolvimento do direito, tendo tal fato sido expressamente afirmado pelo Ministro Luis Felipe Salomão no REsp nº 889.852/RS: “Em se tratando de benefícios previdenciários, o INSS editou Instrução Normativa 25, que “estabelece por força de decisão judicial procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual”. Tal instrução, embora de caráter administrativo, sinaliza uma evolução no tratamento da matéria, ao se utilizar, expressamente, do termo união estável para as relações homoafetivas”. (BRASIL. 2010, p. 21).

colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. - Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito. - A defesa dos direitos em sua plenitude deve assentar em ideais de fraternidade e solidariedade, não podendo o Poder Judiciário esquivar-se de ver e de dizer o novo, assim como já o fez, em tempos idos, quando emprestou normatividade aos relacionamentos entre pessoas não casadas, fazendo surgir, por consequência, o instituto da união estável. A temática ora em julgamento igualmente assenta sua premissa em vínculos lastreados em comprometimento amoroso. - A inserção das relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo no Direito de Família, com o consequente reconhecimento dessas uniões como entidades familiares, deve vir acompanhada da firme observância dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não-discriminação, da solidariedade e da busca da felicidade, respeitando-se, acima de tudo, o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual. - Com as diretrizes interpretativas fixadas pelos princípios gerais de direito e por meio do emprego da analogia para suprir a lacuna da lei, legitimada está juridicamente a união de afeto entre pessoas do mesmo sexo, para que sejam colhidos no mundo jurídico os relevantes efeitos de situações consolidadas e há tempos à espera do olhar atento do Poder Judiciário. (BRASIL. 2010a, pp. 15-16).

Desta feita, dos julgados acima analisados, nota-se que o Superior Tribunal de Justiça ao se deparar com textos legislativos abertos ou mesmo com lacunas na lei, não vem se furtando a atuar como Corte destinada a promover o direito, utilizando-se da interpretação do texto legal, em harmonia com o sistema normativo, a fim de dar parâmetros a sociedade e ao Judiciário, de como enfrentar os novos questionamentos que batem as portas dos Tribunais requerendo destes a atuação como co-construtores do Direito.

7.2 – O desenvolvimento do direito da readequação civil de transexuais pelo STJ.

Como demonstrado no ponto anterior, o Superior Tribunal de Justiça atuando por meio de técnicas interpretativas vem possibilitando o desenvolvimento do Direito, como se explanou a partir dos entendimentos firmados nos Acórdãos analisados.

Ao proceder a análise dos julgados acima, também restou claro que os STJ desempenhou papel de Corte contramajoritária ao afirmar direitos de minorias, como no caso da população LGBT (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais e Travestis), tendo sido de grande importância o julgamento de ações que reconheceram direitos a este grupo, como no reconhecimento do direito de adoção conjunta por casais homoafetivos - REsp nº 889.852/RS – (BRASIL. 2010), na determinação de direito a pensão *post mortem* a companheiro

homossexual - REsp nº 1.026.981/RJ – (BRASIL. 2010a), na possibilidade de inscrição de parceiro do mesmo sexo em plano de assistência médica - REsp nº 238.715/RS – (BRASIL. 2006) e na declaração de possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento judicial de existência de união estável entre homoafetivos - REsp nº 820.475/RJ – (BRASIL. 2008).

Sendo o Brasil o país reconhecido como o lugar mais perigoso para a população LGBT¹⁴⁰, vez que nos últimos quatro anos e meio foram registradas 1.600 mortes motivadas por homofobia (JACOBS. 2016), ou seja, quase um homicídio por dia, a atuação no Judiciário na promoção de direitos LGBT demonstra-se fundamental à consolidação da democracia e o afastamento da tirania da maioria, o que foi assim afirmado pelo Ministro Luis Roberto Barroso, ao julgar Recurso Extraordinário cujo objeto era o pedido de indenização por danos morais sofridos por uma transexual que foi impedida de entrar a um banheiro feminino em um Shopping Center de Santa Catarina:

A democracia não é apenas a circunstância formal do governo da maioria. Ela tem também uma dimensão substantiva que envolve a proteção dos direitos fundamentais de todos, inclusive e sobretudo das minorias. É por essa razão que se houver oito cristãos e dois budistas em uma sala, os cristãos não podem deliberar jogar os budistas pela janela. As maiorias não podem tudo.

Porque assim é, a solução aqui proposta se justifica à luz do princípio democrático e da necessidade de proteção das minorias. É possível, senão provável, que a aceitação social a identidades de gênero que fogem ao padrão culturalmente estabelecido gere estranheza e até constrangimento em grande parte da população brasileira. Afinal, trata-se de uma realidade que passou a ser abertamente exposta e debatida há relativamente pouco tempo.

Vivemos, porém, em um Estado Democrático de Direito, o que significa dizer que a maioria governa, mas submetida à necessária observância aos direitos fundamentais – de quem quer seja, qualquer que seja sua identificação de gênero.

[...]

Dentre as funções do Judiciário e, em especial, do Supremo Tribunal Federal, está, justamente, a de ser o guardião contra os riscos da tirania das maiorias; de garantir que os segmentos alijados do processo majoritário tenham seus direitos fundamentais observados. (BRASIL, 2014a).

Nesta linha, pode-se notar na atividade do Superior Tribunal de Justiça, ao afirmar direitos de minorias, o desenvolvimento do Direito, bem como com a consolidação da democracia, acompanhando a evolução da sociedade e dando respostas, a partir da

¹⁴⁰ Em recente reportagem veiculada no New York Times reconheceu-se a violência contra a população LGBT no Brasil, tendo sido afirmado pelo repórter Andrew Jacobs (2016): “While Americans have fiercely debated how to respond to the massacre last month at a gay nightclub in Orlando, Fla., Brazilians have been confronting their own epidemic of anti-gay violence — one that, by some counts, has earned Brazil the ignominious ranking of the world’s deadliest place for lesbians, gays, bisexuals and transgender people. Nearly 1,600 people have died in hate-motivated attacks in the past four and half years, according to Grupo Gay da Bahia, which tracks the deaths through news articles. By its tally, a gay or transgender person is killed almost every day in this nation of 200 million”.

harmonização do texto legal com princípios constitucionais, aos questionamentos que são levados à sua apreciação.

No que toca aos direitos relacionados aos LGBT, importantes decisões foram tomadas pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar Recursos Especiais que tratavam da readequação civil das pessoas transexuais, permitindo o desenvolvimento do *direito ao reconhecimento* a tal classe de pessoas, o que será analisado por meio da mudança de posição da Corte nos acórdãos proferidos no REsp nº 678.933/RS e no REsp nº 1.008.398/SP.

Antes de analisar as decisões que geraram a possibilidade de alteração de nome e indicação de sexo no assento de nascimento de transexuais, importante traçar algumas considerações sobre o tema.

Se o Brasil é considerado o país mais perigoso do mundo para a população LGBT, essa situação se agrava quando se fala dos transexuais, “minorias mais marginalizadas e estigmatizadas na sociedade” (BRASIL, 2014a), vez que dos 1.731 casos de homicídios contra pessoas trans no mundo, registrados no período de janeiro de 2008 a dezembro de 2014, cerca de 40% ocorreram no Brasil, motivo pelo qual a expectativa de vida deste grupo é de apenas 30 anos, enquanto a do brasileiro médio se aproxima dos 75 anos (BRASIL, 2014a).

Ressaltado o grau de marginalização da população transsexual, importante, para se entender o tema, traçar os conceitos de sexo, gênero e orientação sexual, utilizando-se para tanto da explanação feita pelo Ministro Luis Roberto Barroso ao julgar o RE 845.779:

Sexo, embora seja um conceito disputado, costuma significar a distinção entre homens e mulheres segundo as suas características orgânico-biológicas, como cromossomos, genitais e órgãos reprodutivos. *Gênero*, por sua vez, designa a diferenciação cultural entre masculino e feminino. Por fim, *orientação sexual* significa a atração afetivossexual de um indivíduo por determinado(s) gênero(s), dividindo-se em heterossexual, homossexual, bissexual, etc (BRASIL, 2014a).

Assim, a pessoa transgênera é aquela que não se identifica com a identidade de gênero presumida culturalmente para o seu sexo biológico, podendo sentir-se pertencente ao gênero oposto, a ambos ou a nenhum deles. Já o transexual é aquele que se identifica com o gênero oposto ao seu sexo, motivo pelo qual sente, muitas vezes, que seu corpo não é adequado, buscando, em consequência, corrigir tal fato, por meio da cirurgia de transgenitalização.

Nesse sentido, precisa é a definição de transexual feita pela Ministra Nancy Andrighi, no voto proferido no Recurso Especial nº 1.008.398/SP, que será abaixo analisado, no qual explica:

O transexual segundo a literatura médica, experimenta insustentável condição de nascer com cromossomos, genitais e hormônios de um sexo, mas com

convicção íntima de pertencer ao gênero oposto. Repudia o que a natureza lhe legou, vivendo um estranhamento em relação ao próprio corpo, o que desencadeia grande frustração e desconforto, rejeição do fenótipo, bem como tentativas de automutilação e até mesmo autoextermínio.

Explicam os psiquiatras, que os transexuais não são pessoas de um sexo que desejam se tornar do outro sexo; psicologicamente eles já são do sexo oposto ao biológico [...] (BRASIL, 2009a, p. 10).

No campo da ciência médica, a transexualidade é considerada patologia, constante no CID-10, bem como no Manual de Diagnóstico e Estatísticos de Transtornos Mentais da Associação Americana de Psiquiatria.

Entretanto, apesar de ser tratado como doença pela ciência médica, o que gerou a possibilidade do custeio de cirurgias de redesignação de sexo pelo SUS, conforme Portaria nº 457 de agosto de 2008, importa verificar a tratativa que o Direito tem dado a estas pessoas e os posicionamentos adotados pelo Tribunal da Cidadania, que possibilitaram o avanço do Direito ao reconhecimento e a afirmação da dignidade dos transexuais.

O primeiro caso decidido pelo Superior Tribunal de Justiça que teve como objeto a readequação da civil do assento de nascimento de um transexual, se deu por meio do Recurso Especial nº 678.933/RS, de relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 22 de março de 2007 pela Terceira Turma, composta pelos Ministros Castro Filho, Humberto Gomes de Barros, Ari Pargendler e Nancy Andrighi (ausente quando da votação) (BRASIL, 2007).

Os fatos narrados nos autos versavam sobre o pedido formulado por Paulo Cesar de Oliveira Cristy, para que seu registro civil fosse alterado para Cristiane de Oliveira Cristy, bem como a alteração de masculino para feminino, vez que se identificava este e não com aquele, motivo pelo qual cirurgia de redesignação sexual em agosto de 2002.

Em sentença de Primeira Instância, procedentes os pedidos da Autora, determinando-se que “o expediente deverá ser arquivado em segredo de justiça, informação ou certidão não poderá ser dada a terceiros, salvo ao próprio interessado ou no atendimento de requisição judicial”.

Inconformado com o fato de não ser dada publicidade a alteração de gênero pela Autora, o Ministério Público requereu a reforma da sentença por meio de apelação alegando possível prejuízo a terceiros de boa-fé, argumentos não aceitos pelo Tribunal de Justiça Estadual, que manteve a decisão de primeira instância.

Ainda irresignado, o *Parquet* interpôs o Recurso Especial em análise, com fundamento na alínea ‘c’ do artigo 105, III da Constituição Federal, afirmando divergência frente à decisão prolatada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a qual determinava

que a alteração de sexo deveria ficar averbada no registro como decorrente de decisão judicial.

Apreciados os fatos, o Ministro Relator Carlos Alberto Menezes Direito, sem qualquer argumento convincente e baseado em conceitos errados sobre gênero, sexo e orientação sexual, deu provimento ao recurso para que fosse averbado no registro civil que a modificação do nome e do “sexo” havia ocorrido por decisão judicial, como se nota do trecho abaixo:

O recorrido quis seguir o seu destino, e agente de sua vontade livre procurou alterar no seu registro civil a sua opção, cercada do necessário acompanhamento médico e de intervenção que lhe provocou a alteração da natureza gerada. Há uma modificação de fato que se não pode comparar com qualquer outra circunstância que não tenha a mesma origem. O reconhecimento se deu pela necessidade de ferimento do corpo, a tanto, como se sabe, equivale a ato cirúrgico, para que seu caminho ficasse adequado ao seu pensar e permitisse que seu rumo fosse aquele que seu ato voluntário revelou para o mundo no convívio social. Entender a vontade de quem a manifestou livremente é que seria preconceito, discriminação, opróbrio, desonra, indignidade com aquele que escolheu o seu caminhar no trânsito fugaz da vida e na permanente luz do espírito. (BRASIL. 2007).

Tal posição parte de conceitos inconsistentes de sexo, gênero e orientação sexual, pautando-se na hipótese de que a realização da cirurgia de transgenitalização é uma livre escolha do indivíduo e não decorrente da não adequação do seu corpo à identidade de gênero imposta, entendendo-se assim ser necessário o registro de que a alteração de nome e sexo nos registros civis ocorreu devido à existência de decisão judicial, buscando afastar eventual prejuízo a terceiros de boa-fé.

Contudo, o entendimento prolatado no Acórdão supra analisado, que tinha como objeto tão somente a necessidade de apontamento nos registros civis de que a alteração havia se dado por decisão judicial, viu-se alterado quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.008.398/SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrigli, julgado em 15 de outubro de 2009 pela Terceira Turma da Corte, formada pelos Ministros Massami Uyeda, Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/BA) e Sidnei Beneti (ausente quando da votação) (BRASIL. 2009a).

Os fatos trazidos aos autos versam sobre o pedido de alteração e retificação de assento de nascimento do Recorrente, alternado-se o nome de Clauderson para Patrícia, bem como a alteração da indicação de sexo de masculino para feminino, vez que após tratamento multidisciplinar e cirurgia de mudança de sexo, encontrava-se em harmonia o corpo do apelante com o seu gênero.

Ajuizado o feito na 4ª Vara Cível da Comarca de São José do Rio Preto/SP, julgou-se procedente o feito, determinando-se a alteração do registro civil. Interposto recurso de

apelação pelo Ministério Público, o Tribunal de Justiça deu provimento ao apelo afirmando haver interesse público na manutenção da veracidade dos registros, vez que a “afirmação dos sexos (masculino e feminino) não diz com a aparência, mas com a realidade espelhada no nascimento, que não pode ser alterada artificialmente”.

Dado o teor do acórdão do tribunal paulista, foi interposto Recurso Especial com base nos permissivos apostos nas alíneas ‘a’ e ‘c’ do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, alegando ofensa aos artigos 4º e 5º da LINDB¹⁴¹, 55, 58 e 109 da Lei nº 6.015/73¹⁴²; 11, 13, 16, 17, 19, 20 e 21 do Código Civil¹⁴³, além de dissídio jurisprudencial com decisões prolatada pelos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, Amapá e Pernambuco.

¹⁴¹ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

¹⁴²“Art. 55. O assento do nascimento deverá conter:

1º o dia, mês, ano e lugar do nascimento e a hora certa, sendo possível determiná-la, ou aproximada;

2º o sexo e a cor do registrando;

3º o fato de ser gêmeo, quando assim tiver acontecido;

4º o nome e o prenome, que forem postos à criança;

5º a declaração de que nasceu morta, ou morreu no ato ou logo depois do parto;

6º a ordem de filiação de outros irmãos do mesmo prenome que existirem ou tiverem existido;

7º Os nomes e prenomes, a naturalidade, a profissão dos pais, o lugar e cartório onde se casaram, a idade da genitora, do registrando em anos completos, na ocasião do parto, e o domicílio ou a residência do casal

8º os nomes e prenomes dos avós paternos e maternos;”

“Art. 58. Qualquer alteração posterior de nome só por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do Juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa. Art. 109. Os oficiais, além das penas disciplinares em que incorrerem, são responsáveis civil e criminalmente pela omissão ou atraso na remessa de comunicações a outros cartórios.”

Art. 109. Os oficiais, além das penas disciplinares em que incorrerem, são responsáveis civil e criminalmente pela omissão ou atraso na remessa de comunicações a outros cartórios.

¹⁴³ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

Recebido o recurso, a Ministra Relatora Nancy Andrighi se depara com a ausência de regramento específico que regule a alteração do assento de nascimento para transexuais, tendo assim afirmado:

Ocorre que não há norma específica no ordenamento jurídico brasileiro regulando a alteração do assento de nascimento em casos de transexualidade, em que pese a existência, no Congresso Nacional, do Projeto de Lei nº 70, do ano de 1995, o qual propõe o acréscimo de dois parágrafos ao art. 58 da Lei dos Registro Públicos e possibilita, assim, a mudança do prenome e do sexo do transexual em seu assento de nascimento.

Essa constatação, todavia, não tem o condão de fazer com que o fato social da transexualidade fique sem solução jurídica, sendo aplicável à espécie o disposto nos arts. 4º da LICC e 126 do CPC. Cumpre à construção pretoriana, *in casu* suprir a lacuna legislativa. (BRASIL. 2009a, p. 6).

Nesse sentido, em face à lacuna legislativa, a Ministra, a fim de fundamentar sua decisão, se apoia em julgados internacionais, citando decisões do judiciário alemão, italiano, português, francês e do Tribunal Europeu de Direitos do Homem, em princípios da bioética, bem como nos avanços da medicina, afirmando:

[...] se o Estado consente com a possibilidade de realizar-se cirurgia de transgenitalização, logo deve também prover os meios necessários para que o indivíduo tenha uma vida digna e, por conseguinte, seja identificado jurídica e civilmente tal qual se apresenta perante a sociedade (BRASIL. 2009a, p. 7).

Assim, reconhecidos no Voto da Ministra Nancy Andrighi os conceitos imprescindíveis ao entendimento do caso, quais sejam: sexo, gênero e orientação sexual, bem como frente à lacuna na lei, concluiu-se que a fim promover a dignidade humana das pessoas transexuais necessária à retificação dos assentos de nascimento da Recorrente, para que fosse alterado de masculino para feminino, merecendo destaque a aplicação do princípio constitucional no caso do Recurso em estudo:

A falta de fôlego do Direito em acompanhar o fato social exige, pois invocação dos princípios que funcionam como fontes de oxigenização do ordenamento jurídico, marcadamente a dignidade da pessoa humana – cláusula geral que admite a tutela integral e unitária da pessoa, na solução das questões de interesse existencial humano.

Em última análise, afirmar a dignidade humana significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa como valor absoluto.

No que tange ao pedido recursal visando à alteração do prenome de Clauderson para Patrícia, a Ministra Relatora é clara em afirmar a inexistência de qualquer vedação na Lei de Registros Públicos para a retificação pleiteada, apoiando-se no fato de que, após a cirurgia de transgenitalização a manutenção do prenome Clauderson a exporia a situações vexatórias, o que autorizaria a alteração pleiteada, explanando: “vetar a alteração corresponderia, portanto,

a colocá-lo em uma insustentável posição de angústia, incerteza e conflitos. Trata-se de situação que inegavelmente atinge a dignidade da pessoa humana assegurada pela Constituição Federal” (BRASIL. 2009a, p. 15).

Demonstrando maior domínio sobre a temática tratada nos autos do Recurso Especial em análise, a fundamentação trazida no voto da Ministra Nancy Andrighi demonstrou-se profunda e serviu como paradigma de reconhecimento do direito dos transexuais em alterar a designação de sexo e prenome de seus registros civis, sem que se constasse anotação de tal retificação nos documentos.

Nesse sentido, sobre a evolução do direito dos transexuais trazida no julgamento do Recurso Especial nº 1.008.398/SP, Suzana Borges Viegas de Lima (2011, p.730) afirma:

O provimento do recurso pelos Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, nos termos do voto da Ministra Relatora, demonstra a indispensável evolução para o reconhecimento da dignidade e tutela dos direitos inerentes à personalidade dos transexuais. A compatibilização entre o procedimento cirúrgico de mudança de sexo e a identidade civil do transexual é imprescindível para que se sinta inteiramente inserido na sociedade, de modo que possa exercer plenamente o direito de identificação individual.

Entretanto, deve ser feita consideração sobre a mudança de entendimento firmado pela Corte ao dar, por unanimidade, provimento ao Recurso Especial 1.008.398/SP, vez que, ao contrário do que havia sido decidido quando do julgamento do Recurso Especial 678.933/RS, a Ministra Relatora determinou em dispositivo do Acórdão: “que das certidões do registro público competente não conste que a referida alteração é oriunda de decisão judicial, tampouco que ocorreu por motivo de redesignação sexual de transexual” (BRASIL. 2009a, p. 17).

Assim, viu-se superado o entendimento, ao menos perante a Terceira Turma, de que constasse nos registros que a alteração de assento de nascimento se deu por ordem judicial, dada a realização de operação de transgenitalização.

Contudo, o acórdão relatado pela Ministra Nancy Andrighi, em embora a vasta fundamentação quanto ao direito a alteração do nome e do designativo de sexo para transexuais operados, demonstra-se apegado a uma tradição de Corte de Cassação ao simplesmente se preocupar em apor em dispositivo a restrição quanto ao Oficial Registrador.

Desta feita, não há no Acórdão os motivos pelos quais se deixa de se seguir o entendimento firmado no Voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, nem mesmo os fundamentos que levaram a determinação desta restrição.

Portanto, mesmo se entendendo pelo avanço dado com a posição adotada pela Terceira Turma, para que fosse possível a extração da *ratio decidendi* quanto a proibição de que as certidões do registro público não constem que a alteração de nome e sexo ocorreram por decisão judicial ou redesignação sexual de transexual, importante seria a análise detida dos fundamentos e não somente a preocupação com melhor decisão para o caso envolvendo as partes, vez que a decisão deve passar a orientar os demais entes do Judiciário e a própria sociedade.

Por fim, quanto ao tema, cumpre destacar que se encontra pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário nº 670.422/RS, com repercussão geral reconhecida, que ataca Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que determinou a possibilidade de mudança de nome, mas não autorizou a alteração da identidade de gênero nos registros civis, impondo ainda a anotação do termo transexual no registro de nascimento.

Há, em referido processo, parecer da Procuradoria Geral da República favorável aos pedidos da recorrente, no qual informa que a anotação do termo transexual nos registros de nascimento ou ainda a imposição de cirurgia de transgenitalização como requisito para alteração de gênero nega o direito de identidade, bem como impede a vida digna do transgênero (SCOCUGLIA. 2016a).

Assim, o Extraordinário em curso é apto a constituir instrumento ao desenvolvimento do Direito, pois poderá, caso seja dado provimento ao pedido recursal, sedimentar entendimento condizente com os avanços sociais e de outras áreas do saber, firmando o Judiciário a diferença entre gênero e sexo e dando maiores liberdades ao grupo LGBT.

7.3 – O desenvolvimento do direito a indenização pela perda da chance pelo STJ.

No campo das indenizações civis por atos ilícitos, o Superior Tribunal de Justiça teve papel essencial na recepção da teoria da responsabilidade civil pela perda da chance, doutrina de origem francesa que propõe que a vítima seja ressarcida quando configurada a perda de uma real oportunidade de obter vantagem ou evitar prejuízo.

Para se tratar do desenvolvimento da indenização pela perda da chance pelo Superior Tribunal de Justiça, importante apontar os elementos essenciais à configuração da responsabilidade civil no Brasil, a qual se baseou na existência de dano indenizável, desde que certo e atual, conforme ilustrado por Anderson Schreiber (2011, p. 91):

Os manuais de responsabilidade civil repetem, à exaustão, que somente se indeniza o dano “certo e atual”. Diz-se atual o dano que já existe no momento da ação de responsabilidade, e certo aquele que é “fundado sobre fato preciso e não sobre hipótese”. Assim, não seriam indenizáveis os danos futuros e hipotéticos. Com isso, a responsabilidade civil escaparia do domínio das elucubrações mirabolantes para se converter em ramo científico do direito, comprometido com a aspiração de segurança do individualismo.

Todavia, o Código Civil de 2002 não exige a existência de dano certo e atual para surgimento da responsabilidade civil, não se encontrando abrangido na legislação como indenizável, somente aquilo que “efetivamente perdeu” como também o que “razoavelmente deixou de lucrar”, como se infere do artigo 402 do CC, o que permite, conforme Schreiber (2011, p. 92), “a intromissão de um juízo hipotético na delimitação dos prejuízos sofridos pela vítima”.

Assim existindo na própria legislação civil a possibilidade do dano ser indenizado pelo que razoavelmente deixou de lucrar, buscou-se introduzir a teoria da perda da chance no Brasil, a qual por muitas vezes é imputada como dano hipotético e, portanto, não reconhecida ou, por outras, confundida com lucros cessantes.

Para que confusões não aconteçam, a perda da chance deve ser examinada em dois planos, a saber: i) existência e ii) quantificação da perda, verificando-se, na primeira delas a existência de efetiva perda de uma chance séria e real para que, na segunda fase se passe a verificar a probabilidade de obtenção do resultado final, atribuindo-lhe um valor.

Destarte, a existência da perda da chance pode surgir mesmo que a probabilidade de ocorrer o resultado final seja baixa, devendo ser utilizada a relação de percentual de chance somente quando da valoração do dano e não para a aferição da sua existência propriamente dita¹⁴⁴.

Nesta linha, claros são os ensinamentos de Anderson Schreiber (2011, p. 95) ao tratar dos elementos que geram a responsabilidade civil pela perda da chance:

Para se falar em perda da chance, é preciso demonstrar que está em curso um processo que propicia a uma pessoa a oportunidade de vir a obter no futuro algo benéfico, sendo de se provar, ainda, que esse processo foi interrompido por um determinado fato antijurídico e, por isso, a oportunidade ficou irremediavelmente destruída. A chance perdida integraria a esfera jurídica da vítima, não fosse o fato gerador da responsabilidade. Em outras palavras: o normal desenrolar dos fatos conduziria ao gozo da oportunidade, que não dependia de outras condições que não as que já estavam presentes no caso concreto.

¹⁴⁴ Quanto à indenização pela perda da chance e a remota hipótese de se atender ao resultado, Anderson Schreiber (2011, p. 95) afirma: “embora, em situações assim [remota possibilidade de se atingir o resultado], a perda da chance continua existindo, a melhor doutrina tem advertido que a probabilidade de sucesso poderá ser tão desprezível que nem possa ser tida como correspondendo a um interesse digno de tutela jurídica”.

Demonstrados os elementos que configuram a existência da responsabilidade civil pela perda da chance, passa-se a analisar como o Tribunal da Cidadania vem se posicionando e formulando critérios para afirmar a existência de um dano indenizável pela perda da oportunidade, o que se fará pela análise do Recurso Especial nº 788.459/BA e do Recurso Especial nº 1.104.655/RS.

O acórdão prolatado no Recurso Especial nº 788.459/BA, apesar não ser a primeira manifestação do Superior Tribunal de Justiça sobre a responsabilidade civil pela perda da chance¹⁴⁵, pode ser considerado, pela peculiaridade e clareza da situação retratada, bem como pelo fato dos apelos anteriores terem sido extintos por erros formais, como paradigma.

Nesse sentido, por meio do REsp nº 788.459/BA de Relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, julgado por unanimidade em 8 de novembro de 2005 pela Quarta Turma do STJ, então formada pelos Ministros Jorge Scartezzini, Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha, Aldir Passarinho Júnior (impedido), o Superior Tribunal de Justiça deu contornos ao direito à indenização pela perda da chance, fornecendo balizas as demais instâncias do Poder Judiciário.

O recurso em comento, interposto por BF Utilidades Domésticas LTDA, empresa do grupo Silvio Santos, buscava a reforma de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça da Bahia, que havia reconhecido o direito da recorrida em ser indenizada no valor de R\$ 500.000,00 a título de lucros cessantes.

Para se entender o posicionamento da Corte da Cidadania frente ao caso que chegou a sua apreciação, levando-o a afirmar a existência de indenização por perda da chance, importante destacar a dinâmica dos fatos, que se serão abaixo relatados.

A recorrida, Ana Lúcia Serbeto de Freitas Matos participou em 15 de junho de 2000 da atração televisiva do SBT denominado Show do Milhão, consistente em programa de perguntas e respostas, cujo prêmio máximo é de R\$ 1.000.000,00 em barras de ouro, conferido ao participante que acertar diversas questões que tratam sobre conhecimentos gerais.

A recorrida, após acertar a resposta de uma série de perguntas chegou ao derradeiro questionamento, quando já acumulava um prêmio de R\$ 500.000,00. Nesta última fase do programa, poderia a participante, após tomar ciência da indagação, optar por duas alternativas: i) responder ao questionamento, colocando em jogo o valor já acumulado, vez

¹⁴⁵ Pode-se citar como casos anteriores em que o STJ se deparou com a indenização pela perda da chance, pode-se citar o Agravo Regimental nº 4.364/SP o Recurso Especial nº 57.529/DF, o Recurso Especial nº 32.575/SP e o Agravo de Instrumento nº 272.635/SP.

que acertando a pergunta levaria para casa o prêmio máximo, caso contrário sairia com somente R\$ 300,00 ou; ii) não responder a questão, garantindo assim o valor de R\$ 500.000,00.

Ocorre que a pergunta milionária indagada a candidata foi mal formulada, sendo, segundo a própria apelada, “irrespondível”, vez que foi assim apresentada:

A Constituição brasileira reconhece direitos aos índios de quanto do território brasileiro?

1 – 22%

2 – 02%

3 – 04%

4 – 10%

Embora a organização do programa imputasse a última alternativa como sendo a correta, notou-se um grave equívoco na questão, vez que a Constituição brasileira não faz referência a qualquer percentual do território reservado às populações indígenas, limitando-se, em seu artigo 231, a reconhecer “os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo a União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos seus bens”. Assim, em face ao “irrespondível” questionamento, decidiu a candidata não enfrentar a pergunta, deixando o programa com R\$ 500.000,00.

Contudo, entendendo-se lesada pelo erro na formulação da questão, a participante ajuizou ação indenizatória pleiteando o recebimento dos outros R\$ 500.000,00; tendo sido julgados totalmente procedentes seus pedidos em primeira instância, sentença confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, cujo acórdão foi desafiado pela empresa responsável pelo programa por Recurso Especial fundado nos permissivos das alíneas “a” e “c” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, que alegava, além do dissídio jurisprudencial, violação dos artigos 118 e 1.059 do Código Civil de 1.916¹⁴⁶, afirmando a inexistência de dano apto a justificar o ressarcimento por lucros cessantes e, subsidiariamente, a redução do *quantum debeatur*.

Afastada a discussão sobre a afronta ao teor do artigo 118 do Código Civil de 1.916, vez que não havia sido prequestionado. Já quanto a aplicação do teor do artigo 1.059, que trata da indenização pelo que razoavelmente se deixou de lucrar, o Superior Tribunal de Justiça considerou necessária a redução do *quantum* indenizatório fixado em primeira instância e cancelado pelo Tribunal de Justiça da Bahia, pois entendeu ser impossível aferir

¹⁴⁶ Art. 118. Subordinando-se a eficácia do ato à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa.

Art. 1.059. Salvo as exceções previstas neste Código, de modo expresso, as perdas e danos devidos ao credor, abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

se recorrida responderia corretamente a questão milionária, motivo pelo qual o dano existente não deveria ser qualificado como lucro cessante, mas sim como perda da chance, acatando, em consequência, o montante sugerido pela recorrente, de R\$ 125.000,00, equivalente a um quarto do valor atribuído à questão, correspondente a probabilidade de acerto da questão.

Ao proceder a parcial reforma do acórdão recorrido, alterando a natureza da indenização de lucro cessante para perda da chance e promover a quantificação indenizatória, formulou-se o seguinte entendimento:

Destarte, não há como concluir, mesmo na esfera da probabilidade, que o normal andamento dos fatos conduziria ao acerto da questão. Falta, assim, pressuposto essencial à condenação da recorrente no pagamento da integralidade do valor que ganharia a recorrida caso obtivesse êxito na pergunta final, qual seja, a certeza - ou a probabilidade objetiva - do acréscimo patrimonial apto a qualificar o lucro cessante.

Não obstante, é de se ter em conta que a recorrida, ao se deparar com questão mal formulada, que não comportava resposta efetivamente correta, justamente no momento em que poderia sagrar-se milionária, foi alvo de conduta ensejadora de evidente dano.

Resta, em consequência, evidente a perda de oportunidade pela recorrida, seja ao cotejo da resposta apontada pela recorrente como correta com aquela ministrada pela Constituição Federal que não aponta qualquer percentual de terras reservadas aos indígenas, seja porque o eventual avanço na descoberta das verdadeiras condições do programa e sua regulamentação, reclama investigação probatória e análise de cláusulas regulamentares, hipóteses vedadas pelas súmulas 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto ao valor do ressarcimento, a exemplo do que sucede nas indenizações por dano moral, tenho que ao Tribunal é permitido analisar com desenvoltura e liberdade o tema, adequando-o aos parâmetros jurídicos utilizados, para não permitir o enriquecimento sem causa de uma parte ou o dano exagerado de outra.

A quantia sugerida pela recorrente (R\$ 125.000,00 cento e vinte e cinco mil reais) - equivalente a um quarto do valor em comento, por ser uma probabilidade matemática" de acerto de uma questão de múltipla escolha com quatro itens) reflete as reais possibilidades de êxito da recorrida. (BRASIL. 2005, pp. 9-10).

Demonstrado que o Superior Tribunal de Justiça passou a reconhecer a modalidade de responsabilidade civil pela perda da chance, diferenciando-a dos lucros cessantes e apresentando critérios para sua fixação, que no caso remeteu-se à probabilidade matemática que a candidata teria de acertar o questionamento a ela dirigido, o julgado pode ser reconhecido com um paradigma para casos análogos, servindo como precedente.

Nesse sentido, o próprio Tribunal ao revistar a matéria de responsabilidade civil pela perda da chance, traz novos parâmetros a fixação de indenização, como no julgamento do Especial nº 1.104.665/RS, que embora tenha negado o direito à indenização pela perda da chance por suposto erro médico, reafirmou os criteriosos parâmetros ao reconhecimento da modalidade de indenizatória “evitando abrir as portas do Judiciário à indenização de sonhos remotos ou esperanças longínquos” (SCHREIBER. 2011, p. 90).

Assim, a concretude da indenização da perda da chance, já há muito versada pela doutrina, demonstra que o Superior Tribunal de Justiça pode acompanhar a evolução do Direito, importando teorias estrangeiras por meio da interpretação do texto legal, dialogando com a doutrina e encontrando-se atento as evoluções sociais e dando parâmetros para que o Judiciário se posicione sobre o tema.

7.4 – O desenvolvimento do direito do consumidor pelo STJ.

A sociedade de consumo e as evoluções tecnológicas de nossos tempos deram ao Superior Tribunal de Justiça enorme campo para atuar ao lado do Poder Legislativo no desenvolvimento do Direito, outorgando sentido a lei sentido e fazendo surgir a norma que serve de referência para a prestação da efetiva tutela jurisdicional, como também para orientar a vida em sociedade.

Nesse cenário, o STJ desempenhou importante papel na consolidação de novas teorias contratuais, com intuito de dar forma ao princípio da boa-fé e da confiança, os quais devem reger os contratos de consumo (SALOMÃO. 2011, p. 27).

Na aplicação do Código Consumerista, o Superior Tribunal de Justiça teve importante papel no preenchimento dos conceitos trazidos pelo diploma, destacando-se entre estes a definição de consumidor, o que se deu por meio de amplos debates acerca da aplicação das teorias finalista¹⁴⁷, maximalista¹⁴⁸ e finalista aprofundada¹⁴⁹, bem como o que se entende por vulnerabilidade¹⁵⁰ e seu papel como peça fundamental ao direito do consumidor, o qual pode

¹⁴⁷ Sobre a corrente finalista, afirma Cláudia Lima Marques (2011, pp. 84-85): “Destinatário final seria aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica, não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência – é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será excluído no preço final do profissional que o adquiriu”

¹⁴⁸ A corrente maximalista é assim definida por Cláudia Lima Marques (2011, p. 85): “os *maximalistas* viam nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas para proteger somente o consumidor não profissional. O CDC seria um código geral de consumo, um código para a sociedade de consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes de mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2º deve ser interpretada o mais extensamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações de mercado”.

¹⁴⁹ Cláudia Lima Marques (2011, p. 87), define a corrente finalista aprofundada da seguinte forma: “É uma interpretação finalista mais aprofundada e madura, que deve ser saudada. Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise ou com uma utilização mista, principalmente na área dos serviços, provada a vulnerabilidade, conclui-se pela destinação final de consumo prevalente [...]. O conceito-chave aqui é a vulnerabilidade”.

¹⁵⁰ O conceito de vulnerabilidade é assim definido por Cláudia Lima Marques (2011, p.87): “situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de

ser notado a partir do julgamento do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 296.516/SP, de relatoria da Ministra Nancy Andrichi, no qual se consagrou a ideia de pessoa física como vulnerável na relação de consumo.

Ademais, situações envolvendo o direito do consumidor deram ao Superior Tribunal de Justiça a possibilidade de firmar diversos entendimentos, com a finalidade de orientar a prestação jurisdicional nas instâncias inferiores, como o julgamento do Recurso Especial nº 57.974/RS, de relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado pela Quarta Turma do STJ em 25 de abril de 1995, no qual se afirmou que o Banco Recorrente encontrava-se “submetido às disposições do CDC, não por ser fornecedor de um produto, mas porque presta um serviço consumido pelo cliente, que é o consumidor final desse serviço” (BRASIL. 1995, p. 1), entendimento este mais tarde sumulado sob o enunciado nº 297 que informa: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras”.

Dessa feita, em face uma legislação consumerista que trouxe cláusulas gerais abertas, uma série de princípios e que determinou que a interpretação do contrato se dá de forma mais favorável ao consumidor, o STJ encontrou campo fértil para atuar como colaborador ao desenvolvimento do Direito.

Sobre tal tema, a fim de demonstrar de forma pontual o desenvolvimento do direito consumerista pelo Superior Tribunal de Justiça, passa-se a análise de recente julgado, o qual determinou que o banco recorrente fornecesse documentos em braille aos seus clientes deficientes visuais, determinando que os efeitos da sentença, como já ressaltado neste capítulo, devem ser estendidos a todos os consumidores portadores de deficiência visual que litiguem ou venham a litigar contra o demandado em todo território nacional.

O Recurso Especial nº 1.349.188/RJ, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 10 de maio de 2016 pela Quarta Turma do STJ, advém de ação coletiva movida pela Associação Fluminense de Amparo aos Cegos (AFAC), em face do Banco Santander do Brasil S.A., no qual se afirma que a instituição financeira ao não fornecer, em braille, aos seus clientes deficientes visuais os textos de contrato, a comunicação de serviços, a prestação de contas, questões relevantes sobre as condições da relação de consumo, viola o direito de cegos ao pleno acesso à informação, à dignidade, ao sigilo bancário e à privacidade¹⁵¹.

Em primeira instância julgaram-se procedentes os pedidos da então autora, determinando que o Banco Réu: i) confeccionasse em Braille os contratos de adesão e todos

consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção”.

¹⁵¹ Importante destacar que o Superior Tribunal de Justiça já havia decidido o tema quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.315.822/RJ.

os demais documentos fundamentais para a relação de consumo; ii) enviasse extratos mensais consolidados impressos em linguagem braille, para os clientes com deficiência visual; iii) desenvolvesse cartilha para seus funcionários com normas de conduta para atendimento ao deficiente visual, tudo no prazo de 30 dias, sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00; e iv) pagasse indenização pelos danos coletivos causados no valor de R\$ 500.000,00, montante a ser recolhido em favor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos.

Interpostas apelações por ambas as partes, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro afastou o dano moral coletivo, dando parcial provimento ao apelo da instituição financeira e negando os pedidos recursais da Associação, o que ensejou interposição de Recurso Especial tanto da AFAC como do Santander do Brasil S.A.

A Associação recorrente pleiteava a reforma do acórdão atacado para que fosse a requerida condenada ao pagamento de dano moral coletivo no valor de R\$ 20 milhões, afastados os limites dos efeitos da sentença ao Rio de Janeiro, bem como honorários sucumbências integrais, dado o fato ter decaído em parte mínima de seus pedidos.

Já a instituição financeira recorrente pleiteou a reforma da decisão do Tribunal de Justiça fluminense, apegado a alegação de inexistência ato normativo que determinasse a apresentação de documentos em braille, e a ausência de forma específica de informação prescrita no CDC; que o pedido não poderia ser estendido as empresas do grupo econômico, nem mesmo extrapolar os que foram substituídos processualmente (motivo pelo qual requer a identificação dos associados) e os limites da cidade do Rio de Janeiro, bem como o afastamento da multa cominatória fixada para o cumprimento de obrigação.

Dessa feita, são vastas as matérias ventiladas no recurso em análise, sendo que o recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, além de versar sobre interessante matéria afeita ao direito do consumidor, trouxe no seu bojo discussões processuais importantes, como os limites da coisa julgada no âmbito das ações coletivas e a distinção entre substituição e representação processual.

No que tange ao direito consumerista, que se pretende analisar como forma de atuação do STJ no desenvolvimento do Direito, importante se faz a decisão em estudo, pois mais uma vez demonstra a preocupação da Corte com grupos hipervulneráveis, como os deficientes visuais. No referido caso, a Corte ao julgar apoiou-se na ideia de que se faz cada vez mais necessária a inclusão e integração dos deficientes à sociedade, motivo pelo qual devem ser assegurados instrumentos aptos a prover-lhes maior autonomia, prezando assim por uma vida digna, como se infere do seguinte trecho do acórdão:

[...] é notório o avanço e a preocupação com a inclusão e integração do deficiente de forma plena na sociedade moderna, deixando de lado eventual segregação e discriminação, para se reconhecer seus direitos e liberdades fundamentais, emanados da dignidade e de igualdade inerentes a todo ser humano, vinculando não apenas os poderes públicos, mas estando também direcionados às relações privadas. (BRASIL. 2016f, p. 20).

Nesse sentido, sobre a evolução da preocupação do Estado em dar efetiva proteção aos direitos dos deficientes, o Ministro Relator traz em seu voto, toda a evolução do marco normativo sobre tema, citando a natureza constitucional da Convenção sobre os Direitos das pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Decreto nº 186/2008, nos moldes do artigo 5º, § 3º da Constituição Federal.

No que toca a aplicação de princípios e regras apostas no Código de Defesa do Consumidor, o Ministro Relator faz uma profunda análise do direito a informação tratado no código consumerista, sendo claro que este não se verifica *a priori*, vez que o conteúdo da informação que deve ser analisado casuisticamente, ou seja, o mero cumprimento formal das determinações de ser a informação correta, clara, precisa, ostensiva e em língua portuguesa, não satisfaz o dever de transparência, cabendo ao fornecedor, conhecedor de seus produtos e serviços, a veiculação de dados importantes e necessários para que o consumidor possa agir com liberdade de escolha, encontrando-se assim aposto no acórdão em análise:

Assim, é apenas o caso concreto que irá permitir que se verifique se o dever de informar positivamente do fornecedor está sendo realizado de forma clara, transparente, plena sobre produto e serviço, possibilitando a liberdade de escolha, a igualdade nas contratações, com respeito à dignidade. Com efeito, para se conferir efetividade ao conteúdo da informação, deve-se ter em mente, na hipótese, quais serão substancialmente as informações imprescindíveis e como se poderá atingir o destinatário específico daquele produto ou serviço, de modo que a transmissão da informação seja adequada e eficiente, atendendo aos deveres anexos da boa-fé objetiva, do dever de colaboração e de respeito à contraparte. (BRASIL. 2016f, pp. 28-29).

Desta forma, sendo o direito a informação princípio que rege as relações de consumo, cuja verificação de sua efetividade somente ocorre a partir da análise do caso concreto, cabe a valoração e preenchimento do texto por parte do Judiciário quando provocado.

Sobre tema, de fundamental importância ao papel da Corte da Cidadania no Estado Constitucional, vez que impõe a este a análise dos fatos para se apurar se há ou não o cumprimento ao dever de informar e não somente a análise de meras questões de direito, o Superior Tribunal de Justiça já pode fixar diversos precedentes, tais como: i) determinação de que o fornecedor deve estabelecer e divulgar, clara e inequivocamente, a conexão entre a presença de glúten e os doentes celíacos (REsp nº 586.316/MG); ii) determinação para que os supermercados, além do código de barras e do preço nas prateleiras, também devem divulgar

valor de cada produto (MS nº 5.943/MS); e iii) afastamento da obrigação de inscrever nos rótulos e embalagens os prazos de garantia, vez que decorrem de lei (REsp nº 1.067.530/SP).

Demonstrado que para que seja dada efetividade a texto normativo aberto que prevê o dever de informação necessária realizar análise casuística, passou o Ministro a verificar as peculiaridades do caso narrado no Apelo Nobre, sob o especial viés de se tratar de uma classe hipervulnerável, que deve ser protegida pelo Estado e que conta um sistema normativo apto a resguardar seus direitos.

Assim, mesmo ciente da existência de meios alternativos que poderiam ser utilizados a fim de passar as informações dos documentos bancários aos deficientes visuais, tal como à existência de um leitor, instrumento previsto pela Resolução do Banco Central nº 2.878/2001 (revogada pela Resolução 3.694/2009), concluiu o Ministro ser obrigatória a confecção, pelos Bancos, de documentos pelo método de escrita braille, vez que única forma de se garantir os direitos fundamentais do hipervulnerável deficiente visual, tendo assim fundamentado sua decisão:

Nessa ordem de ideias, penso que realmente o mero uso do leitor pelas instituições financeiras, para o deficiente visual, não é suficiente para garantir o dever de informação, lealdade e transparência nas relações de consumo bancárias, haja vista que o manejo dessa forma de linguagem acaba, na maioria das situações, constringendo o consumidor, violando a sua intimidade, o seu direito ao sigilo e, principalmente, a sua dignidade.

Isto porque, para o consumidor comum, um contrato ou extrato bancário redigido em folha de papel, com cláusulas destacadas e em bom vernáculo, muito provavelmente conseguirá transmitir todas as informações necessárias para aquela relação de consumo, o que, definitivamente, não ocorrerá para um cego.

Com efeito, com o uso do braille, consegue-se, ao mesmo tempo e com maior eficiência, restaurar o equilíbrio contratual, alcançar a efetiva e eficiente inclusão do deficiente visual com resguardo de sua privacidade, mantendo o dever de lealdade dos fornecedores (art. 43), sendo que, por se tratar de hipervulnerável, a incidência das normas protetivas aplicáveis devem conferir a melhor e mais completa proteção àquele que se apresenta como mais fraco.

(...)

Assim, os contratos bancários de adesão e os documentos relativos à relação de consumo estabelecida com indivíduo portador de deficiência visual devem obrigatoriamente ser confeccionados em braille, sendo o referido encargo inerente à atividade da instituição financeira, de modo adequado e proporcional à finalidade da norma, consistente tanto em atender ao direito de informação do consumidor como no dever de abstenção do fornecedor em criar obstáculos que de alguma forma dificultem o acesso à informação, seja com esteio no ordenamento jurídico nacional, seja em razão dos princípios fundantes da Constituição Federal, notadamente, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. (BRASIL. 2016, p. 37-38).

Narrada a forma, a partir da análise da aplicação do direito de informação em relações de consumo, como Superior Tribunal de Justiça pode trabalhar no preenchimento de textos legislativos abertos e com a análise dos fatos, dando efetividade, continuidade e promoção ao

Direito, formando precedentes e orientando toda a sociedade, importante destacar que o caso em comento, por se tratar de ação coletiva, deixa ainda mais clara a função da Corte Suprema, vez que se reconheceu, por se tratar de ação destinada a tutelar direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, que os efeitos da sentença devem se estender a todos os consumidores que vierem a litigar com a instituição financeira demandada em todo território nacional.

8 - CONCLUSÃO

Criado pela Constituição de 1988, o Superior Tribunal de Justiça veio atender a uma antiga demanda da comunidade jurídica, que desde a década de 1960 ventilava a necessidade de criação de uma Corte de sobreposição aos moldes do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal Superior Eleitoral, com competência para decidir causas referentes ao direito comum, tributário, questões de interesse da União e matérias de direito penal militar.

Com a redemocratização do país, a crise numérica que atingia o Supremo Tribunal Federal, bem como a ideia de que tal Corte deveria focar-se na tutela do Direito Constitucional, a proposta de um novo Tribunal Federal ganhou força, encontrando-se o Superior Tribunal de Justiça já previsto no relatório elaborado pela Comissão de 50 notáveis presidida por Afonso Arinos, que foi encaminhada à Presidência da República em 18 de setembro de 1986.

Em que pese não ter sido dado o devido andamento ao Relatório Afonso Arinos, o Superior Tribunal de Justiça manteve-se presente nas discussões constituintes, seja na Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, na Comissão de Organização dos Poderes e Sistema de Governo e no Plenário da Assembleia Nacional Constituinte.

Desta forma, a partir da análise dos debates travados entre Deputados Constituintes, bem como daqueles que foram convidados a se pronunciar em audiências públicas, resta claro que o Superior Tribunal de Justiça surgiu a partir da necessidade de dar fôlego e enfatizar a natureza de Corte Constitucional do STF e reorganizar a estrutura da Justiça Federal, o que pode ser notado das competências e atribuições que lhe foram confiadas e também por sua composição inicial.

Surge, portanto, juntamente com uma nova ordem constitucional, que abarcou na Constituição Cidadã um enorme rol de direitos e garantias, o Tribunal da Cidadania, formado por 33 Ministros, com sede no Distrito Federal, jurisdição em todo território nacional, responsável por ser *defensor da lei federal e unificador do direito*.

Contudo, embora a Constituição de 1988 já ter trazido em seu bojo um modelo de Estado Constitucional, o Superior Tribunal de Justiça nasce como Corte de matriz cassacional, ou seja, voltada principalmente a tutelar a legalidade das decisões recorridas e dar unidade ao Direito a partir de reiterados julgados.

Assim, o Recurso Especial, apelo de caráter excepcional, emerge como meio pelo qual a Corte deve se pronunciar sobre a lei federal infraconstitucional e dar unidade ao Direito;

todavia, o Constituinte, ainda apegado a uma visão legalista de Estado, não conferiu à então recém-criada Corte qualquer instrumento que permitisse a escolha dos apelos que deveria julgar, sendo inexistente qualquer tipo de filtro recursal. Portanto, o Recurso Especial passa a ser trabalhado como um apelo de natureza *jus litigatoris*, ou seja, cabendo a parte o direito subjetivo de ver a decisão prolatada em última ou única instância revista pela Corte de Vértice, desde que se entenda presente uma das situações elencadas nas alíneas do artigo 105 da Constituição Federal.

Destarte, sem qualquer tipo de filtro que pudesse selecionar os casos sobre os quais o Superior Tribunal de Justiça devesse se pronunciar, incluindo nestes aqueles que tragam interesses maiores do que as subjetivas pretensões das partes, somado a uma cultura demandista e a vasta competência legislativa da União, a Corte viu-se imersa em uma avalanche de processos, tendo saltado de 14.087 casos distribuídos em 1990 para 333.905 feitos em 2015, perfazendo um aumento de 23, 7 vezes no volume de trabalho (BRASIL. 2016d, p. 28).

Com esta enorme carga de trabalho, apesar de Michele Taruffo (2009, p. 103) afirmar que a *Corte de Cassazione*, por ele denominada de *monstrum*, não ter equivalente em qualquer outro sistema processual, nota-se semelhança entre a Corte italiana e o STJ, podendo se falar, inclusive, em situação mais alarmante no Tribunal brasileiro, vez que enquanto cada juiz daquela julga em média 220 processos por ano (PISANI. 2015, p. 539), neste, julgou-se, somente no primeiro semestre de 2016, o total de 223.167 casos (BRASIL. 2016a), que considerando o total 33 Ministros, cada um teria proferido decisão em 6.762 processos no lapso temporal de 5 meses; considerando, todavia, o número de Ministros acrescido de seus 1.475 assessores, chega-se a média de 148 decisões por pessoa.

Em vista da inexistência de filtro recursal como característica da Corte de Cassação, tem-se, de igual modo, que o próprio posicionamento inicial do Tribunal, ao declarar-se impedido de rever matéria fática, reforça sua inicial natureza revisional, pois se demonstra que a fundamental preocupação da Corte reside em poder dar solução à lide, revendo a decisão recorrida, tutelando a legalidade e não o cuidado em formar precedentes vinculantes, horizontal e verticalmente, que tenham como escopo orientar a sociedade, efetivando a segurança jurídica e a igualdade.

Assim, imerso em um gigantesco número de processos, o Superior Tribunal de Justiça viu-se atuando como Corte de Terceira Instância, o que o fez buscar subterfúgios a fim de racionalizar seu trabalho e possibilitar o exercício da função de Corte destinada a unificar o Direito e dar a última palavra sobre a legislação federal infraconstitucional; entretanto, o

afastamento da carga de trabalho que assola o Tribunal deu-se por meio da criação de uma jurisprudência defensiva, a qual deve ser veementemente rechaçada, vez que cria verdadeiras armadilhas ao jurisdicionado, ferindo os mais básicos princípios processuais, como o devido processo legal, a inafastabilidade da jurisdição, entre outros.

Em face a este cenário, que não só atinge o STJ, mas espraia-se para todo o Judiciário, necessárias foram alterações que pudessem ao menos racionalizar a forma de trabalho das Cortes de Vértice, podendo se notar, nas últimas alterações legislativas, uma valorização da jurisprudência e dos precedentes, destacando-se a criação de institutos como: i) repercussão geral como requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário; ii) súmula vinculante; iii) Recurso Especial e Extraordinário repetitivos; iv) sistemática de precedentes criada pelo Novo Código de Processo Civil.

Doutra banda, a própria postura do Superior Tribunal de Justiça demonstra uma tentativa de guinada em suas funções, seja na injusta busca de diminuir o número de apelos que lhes são encaminhados, seja pelo próprio entendimento do Recurso Especial dever ser apreciado mesmo quando ocorra a desistência do recorrente, conforme entendimento consagrado no REsp nº 1.308.830/RS, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, pelo qual pode se notar a natureza *jus constitutionis* do apelo.

Neste mesmo sentido é a utilização do teor da Súmula 7 pelo Superior Tribunal de Justiça sem critérios bem determinados para sua aplicação, que permite que a Corte, por vezes, ao se deparar com questões que entenda ser necessário apreciar, promova a revisão dos fatos e até mesmo a reapreciação de provas, a fim de pacificar a interpretação sobre relevantes questões de direito.

Por outro lado, a atividade legislativa também vem demonstrando preocupação com a estrutura e forma de funcionamento dos Tribunais de Vértice brasileiros, o que pode se aferir a partir da existência de Propostas de Emendas Constitucionais na Câmara dos Deputados (PEC 209/2012) e no Senado Federal (PEC 17/2013), que têm como intuito a criação de novo requisito de admissibilidade ao Recurso Especial, bem como pela alteração legislativa no Novo Código de Processo Civil, implementada por meio da Lei 13.256/2016, que atendeu aos reclamos dos Ministros, voltando-se especialmente ao funcionamento das Cortes de Cúpula.

Desta forma, sejam pelas propostas e efetivas alterações constitucionais e legislativas, seja pela própria postura do Superior Tribunal de Justiça, nota-se a sinalização para uma guinada nas funções das Cortes de Vértice no Brasil, o que pode gerar uma atuação mais afinada com a compreensão do próprio Direito no Estado Constitucional.

Todavia, para que o Superior Tribunal de Justiça possa desempenhar funções de verdadeira Corte Suprema, pautada pela interpretação da legislação federal infraconstitucional, formando precedentes aptos a tutelar a segurança jurídica e a igualdade, promovendo, desta forma, a legalidade e mantendo, como prevê o Novo Código de Processo Civil, uma jurisprudência estável, íntegra e coerente, importante se fazem novas alterações no ordenamento jurídico, bem como na cultura da comunidade jurídica.

Dentre tais alterações, importante seria a criação de filtro recursal que possibilite ao Superior Tribunal de Justiça decidir a partir do recurso interposto e não somente a lide posta no apelo apresentado, ou seja, instrumento aos moldes do *certiorari* norte-americano ou dos requisitos de admissibilidade criados para o *Bundesgerichtshof*, que permita a pormenorizada análise dos fatos e do direito envolvido, pacificando entendimentos, outorgando sentido ao texto legal e, em consequência, aumentando o estoque de normas.

Entretanto, alterações legislativas e constitucionais não são suficientes para que o Tribunal complete sua transição de Corte de controle e jurisprudência para Corte de interpretação e precedentes, sendo importante que o próprio Tribunal compreenda sua função no Estado Constitucional, que lhe atribuiu não só o papel de dar a interpretação ao texto legal por meio da formação dos precedentes, mas também o dever de respeitá-los horizontal e verticalmente.

Para tanto, Ministros devem se despir de vaidades particulares e se entenderem como membros de colegiado responsável por dar unidade ao Direito federal infraconstitucional, prolatando precedentes que devem ser seguidos não somente pelas instâncias ordinárias, mas também dentro da própria Corte.

Por outro lado, para que as decisões da Corte possam ser reputadas como precedentes, a estrutura e procedimento de julgamento dos recursos, utilizados como instrumentos para a outorga de sentido ao texto legal, devem ser pautados no efetivo diálogo entre magistrados, advogados e *amici curiae* e não apenas no pré-elaborado voto do Relator, que afasta a realização de debates sobre os fatos e fundamentos que gerarão a *ratio decidendi*.

A mudança na cultura é, se não mais, tão essencial quanto às alterações legislativas e constitucionais que tenham como escopo completar a mutação que tem como ponto de partida um Tribunal criado com viés cassacional e dedicado a tutelar a legalidade para se chegar a uma Corte pronta a enfrentar os desafios do Estado Constitucional, com instrumentos que a permita dar a efetiva interpretação ao texto normativo, preenchendo lacunas, termos vagos, ambíguos e indeterminados, analisando os fatos, apresentando razões apropriadas que ofereçam racionalidade e universabilidade aos seus precedentes.

Desta forma, com instrumentos aptos a funcionar como Corte Suprema, o Superior Tribunal de Justiça poderá atuar ao lado do Legislativo na promoção da legalidade, gerando, a partir dos precedentes que venha a firmar, o desenvolvimento do Direito, o que é inerente à própria compreensão do Direito no Estado Constitucional, vez que o ordenamento jurídico vê-se embasado em uma técnica legislativa aberta, uma pluralidade fragmentada de fontes normativas e é pautado pela distinção entre texto e norma.

Nessa linha, o desenvolvimento do Direito a partir dos precedentes firmados pelo Tribunal de Vértice é fator inerente ao Estado de matriz Constitucional, vez que o magistrado deixa de ser entendido como mera boca da lei, para, por meio da interpretação, análise da moldura fática e apresentação de razões apropriadas, acompanhar as evoluções da sociedade, por meio de valorações esta possibilitado a fazer o ajuste da lei às necessidades e expectativas da sociedade.

Desse modo, o desenvolvimento do Direito pelas Cortes de Vértice pode ser notado em diversas situações, seja quando o Tribunal preenche lacunas existentes na lei, por meio da harmonização de determinado dispositivo legal com o ordenamento jurídico como um todo, seja também quando é chamado a se pronunciar sobre matéria ainda não versada pelo Legislador, antecipando-se a este na formação do Direito a ser aplicado na sociedade, por meio profunda fundamentação e clara apresentação de fatos e razões.

Assim, em frente a uma sociedade em constante evolução, que reclama cada vez mais a garantia e efetividade de liberdades, a função de desenvolvimento do Direito pelos Cortes Supremas é necessária à própria existência do Estado Democrático de Direito, pois como poder contramajoritário, impõe-se a esse a adequação do texto legal, propositadamente vago e impreciso, aos justos anseios da sociedade, vez que as “dimensões ética, política, religiosa, econômica e cultura são determinantes da compreensão do texto legal” (MARINONI. 2016, p. 112).

Portanto, apesar do Superior Tribunal de Justiça vir dando sinais de sua atuação no desenvolvimento do Direito, como apontado nas exemplificativas decisões tratadas neste trabalho, que a partir da interpretação do texto e harmonização com o ordenamento jurídico, promoveram avanços nas liberdades e na própria técnica jurídica, sua forma de funcionamento ainda tem muito a percorrer para que o Tribunal possa completar seu trajeto e ver-se revestido na qualidade de Corte Suprema, destinada, principalmente, a outorgar sentido à lei federal infraconstitucional, orientar o Judiciário e a sociedade por meio de seus precedentes.

Desta forma, mesmo tendo sido trazido pelo Novo Código de Processo Civil uma sistemática de precedentes, construída de acordo com a tradição legalista brasileira, imputando, por meio de lei, a natureza vinculante de determinadas decisões, certas mudanças estruturais, constitucionais e, principalmente, culturais, se fazem necessárias para que: i) se possa ver o Recurso Especial revestido na sua real natureza excepcional; ii) para que a Corte possa julgar a partir do apelo da parte, delimitando fatos e teses jurídicas que venham a orientar o Judiciário e a sociedade; iii) para que se veja construído um sistema de efetivo, e não impositivo, respeito aos precedentes horizontal e verticalmente; e iv) para que seja garantida a previsibilidade das decisões judiciais e a efetividade do princípio da igualdade.

Encontra-se em curso, seja a partir da postura do Tribunal da Cidadania, seja a partir da iniciativa legislativa, uma mudança no perfil do Superior Tribunal de Justiça; entretanto, há ainda um árduo e longo caminho a ser percorrido, para que suas funções possam ser consideradas como de uma verdadeira Corte Suprema.

BIBLIOGRAFIA

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Do Recurso Extraordinário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. *Poder Judiciário: a argumentação no atual Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ALVIM, Arruda. A EC nº 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et al. (org.). *Reforma do Judiciário: Primeiras reflexões sobre a emenda Constitucional nº 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, pp. 63-99.

ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Editora Sumaré. 1997.

_____. Organização e funcionamento do Poder Judiciário. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Judiciário em debate*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais. 2010, pp. 60-65.

ASSIS, Araken. *Manual dos recursos*. 6ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

AVILA, Humberto Bergmann, Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, p. 40.

AZZONI, Clara Moreira, *Recurso especial e extraordinário – Aspectos gerais e efeitos*. São Paulo: Atlas, 2009.

BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal: esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro. 1968.

BARBOZA, Estefânia Maria Queiroz. *Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reconstruindo a adoção: comentários ao acórdão no REsp 220.623/SP (rel. Min. Fernando Gonçalves, Dje 21.09.2009). In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (coord.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2011, pp. 491-513.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Forum. 2013.

BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana: uma análise da mais notória e respeitada instituição judiciária do mundo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

BEÇAK, Rubens, *A hipertrofia do Poder Executivo: o impacto da Constituição de 1988*. São Paulo: Millenium Editora, 2008.

BENENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: *Revista de Processo Geral*. vol. 01, nº 02, Rio de Janeiro, 2005, pp. 27-63.

BENETI, Sidnei. Formação de jurisprudência nacional no Superior Tribunal de Justiça. In: STJ: *Doutrina*: edição comemorativa, 25 anos. Brasília: STJ, 2015, pp. 217-245.

BOBBIO, Norberto, *Estado, Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política*. 14ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros. 2008.

_____. *Do Estado liberal ao Estado social*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. São Paulo: Paz e Terra. 1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Estatísticas do STF*. Brasília: STF, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>. Acesso em 30.05.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *STJ encerra o semestre forense com mais de 223 mil processos julgados*. Brasília: STJ, 2016a. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/STJ-encerra-o-semester-forense-com-mais-de-223-mil-processos-julgados. Acesso em 8.07.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC 135.100/MG*, Relator: Ministro Celso de Mello. j. 01.jul.2016b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC135100.pdf>. Acesso em 3.07.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC 126.292/SP*, Plenário Relator: Ministro Teori Zavascki. Julgamento: 17.fev.2016c. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC126292.pdf>. Acesso em 3.07.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Relatório Estatístico 2015*. Brasília: STJ, 2016d. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=263>, acesso em 30.05.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC 135.572/PB*, Relator: Ministro Edson Fachin, Liminar concedida pelo Ministro Ricardo Lewandowski. j. 27 jul. 2016e. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=159&dataPublicacaoDj=&incidente=5020896&codCapitulo=6&numMateria=124&codMateria=10>. Acesso em 31.07.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 1.349.188/BA*. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. j. 10 maio. 2016f. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1504664&num_registro=201102175967&data=20160622&formato=PDF. Acesso em 26.06.2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2015: ano base 2014*. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/pj-justica-em-numeros>. Acesso em 26.06.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 788.459-BA*. Quarta Turma. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. j. 8 nov. 2015a.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 845779 RG*, Ministro Relator: Luis Roberto Barroso, j. 13.nov.2014a.

_____. Superior Tribunal de Justiça, *Relatório estatístico 2013*, Brasília: STJ, 2013. Disponível em <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=244>, acesso em 08.06.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça, *Conhecendo o STJ: guia de orientação ao cidadão*, Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2013a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 1.308.830/RS*, Questão de Ordem, Terceira Turma, Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJe 19.jun.2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1142916&sReg=201102574345&sData=20120619&formato=PDF. Acesso em 10.06.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.277/DF*. Plenário. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. j. 05 mai. 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em 10.07.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RE 363.889/DF*. Plenário. Relator Ministro Dias Toffoli j. 02 jun. 2011a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1638003>. Acesso em 04.08.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 889.852/RS*. Quarta Turma. Ministro Relator: Luis Felipe Salomão. j. 27.abr.2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.026.981/RJ*. Terceira Turma. Ministro Relator: Nancy Andrighi. j. 4.fev.2010a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=941637&num_registro=200800251717&data=20100223&formato=PDF. Acesso em 1.07.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 1.008.398/SP*, Terceira Turma, Relatora: Ministra Nancy Andrighi. j. 15 out. 2009a. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=920837&num_registro=200702733605&data=20091118&formato=PDF. Acesso em 1.07.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 820.475/RJ*. Quarta Turma. Ministro Relator: Luis Felipe Salomão. j. 2 set. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 678.933/RS*, Terceira Turma, Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. j. 22 mar. 2007. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8932216/recurso-especial-resp-678933-rs-2004-0098083-5/inteiro-teor-14100419> . Acesso em 1.07.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 238.715/RS*. Terceira Turma. Ministro Relator: Humberto Gomes de Barros. j. 7 mar. 2006. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/588.pdf>. Acesso em 1.07.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 678.933/RS*, Quarta Turma, Relator: Ministro Fernando Gonçalves. j. 08 nov. 2005. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=592103&num_registro=200501724109&data=20060313&formato=PDF. Acesso em 1.07.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Ag.Rg no REsp. 382.736/SC*. Primeira Seção. Voto vista, Ministro: Humberto Gomes de Barros. j. 8.10.2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 268.249/DF*. Quinta Turma. Ministro Relator: Felix Fisher. j. 25 jun. 2002. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=438988&num_registro=200000735213&data=20031201&formato=PDF. Acesso em: 30.07.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 127.541/RS*. Terceira Turma. Ministro Relator: Carlos Alberto Menezes Direito. j. 10 abr. 2000. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700254518&dt_publicacao=28-08-2000&cod_tipo_documento=&formato=PDF. Acesso em 01.07.2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 57.974/RS*. Quarta Turma. Ministro Relator: Ruy Rosado Aguiar. j. 25 abr. 1995. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199400386150&dt_publicacao=29-05-1995&cod_tipo_documento=&formato=PDF. Acesso em 01.07.2016.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *A reforma do Estado para a cidadania*. São Paulo: Editora 34, 1998.

BUENO, Cassio Scarpinella, *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, Recursos. Processos e incidentes nos tribunais. Sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013

BUZAID, Alfredo, Nova conceituação de recurso extraordinário na Constituição do Brasil, *Estudos de Direito*, São Paulo: Saraiva, 1972, vol. I, ns. 1 e 3, pp. 172-185.

CADIET, Loïc. *El sistema de la Casación francesa*. 2015. Disponível em: <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/c2cad.pdf>. acesso em 9.06.2016.

CAENEGEM, R. C. *Jueces, legisladores y profesores: fases de la historia jurídica europea*. trad. Maria José Hiegueras. Lima: Palestra Editores. 2011.

CALAMANDREI, Piero, *La casación civil*. t. 1, v. 2, Buenos Aires: EBA, 1945.

CAMBI, Eduardo. Jurisprudência Lotérica. In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, ano 90, v. 786, pp. 108-128, abr. 2001.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1984.

_____. *Juízes legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1999.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão; et. al. Relatório Mesa Redonda sobre “reforma do Poder Judiciário”. In: *Revista de Direito Público e Ciência Política*. v. 8, n. 2, maio/ago. 1965, pp. 134-202.

CHIARLONI, Sergio. *Las tareas fundamentales de la Corte Suprema de Casación, la heterogeneidad de los fines de la garantía constitucional del derecho al recurso y las recientes reformas*. 2015. Disponível em: <http://www.uv.es/coloquio/coloquio/ponencias/c3chia.pdf>. acesso em 9.06.2016.

CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO. *Teoria Geral do Processo*, 29ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013

COELHO, Gláucia Mara. *Repercussão Geral: da questão constitucional no processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas. 2009.

COKE, Edward. *Dr. Bonham's case*, 1610, disponível em: <http://oll.libertyfund.org/titles/911/106343>; acesso em 26 de março de 2016.

COMELLO, Víctor Ferreres. Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia. In: *El carácter vinculante de la jurisprudencia*. 2ª ed. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo. 2010, pp. 43-79.

CORREA, Maurício. _____. Ata da 9ª Reunião Ordinária da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público da Assembleia Nacional Constituinte. In: *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*. Suplemento ao nº 83. Ano 1. 25-jun.-1987. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup83anc25jun1987.pdf#page=104>. Acesso em 05.05.2016.

COSTA, Judith Martins. O direito como um sistema em construção. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre: Síntese, v. 15. 1998.

COSTA. Henrique Araújo. *Reexame de prova em Recurso Especial: a súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça*. Brasília: Thesaurus. 2008.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Um basta a perversidade da jurisprudência defensiva*. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jun-24/basta-perversidade-jurisprudencia-defensiva>, acesso em 14.07.2014.

DANTAS, Bruno. *Repercussão geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. São Paulo: 2002.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, vol. VI, 8ª ed. São Paulo: Sariaiva, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

DUTRA, Eurico Gaspar. RIBEIRO, Discurso na solenidade de inauguração do TFR. In: *Coletânea de julgados e momentos jurídicos dos magistrados no TFR e no STJ*: Ministro Afrânio Antonio da Costa: Centenário de seu nascimento, n. 3. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 1992, pp. 35-43, disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/////index.php/coletanea/article/view/3224/3136>, acesso em 30.05.2016.

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

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte Americana, caso *Marbury v. Madison*. Chief of Justice Marshall, 1803. Disponível em: <http://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=true&doc=19&page=transcript>, acesso em 04.03.2016.

_____. Suprema Corte Americana, *Rules of the Supreme Court of the United States*, 2013. Disponível em: <http://www.supremecourt.gov/ctrules/2013RulesoftheCourt.pdf>, acesso em 31.03.2016.

_____. Suprema Corte Americana, *A Reporter's guide to applications*. 2016.

FARIA, Gurgel. *Valorização de precedentes jurisprudenciais é destaque do novo CPC que entra em vigor hoje*. Entrevista concedida à assessoria de imprensa do Superior Tribunal de Justiça. Brasília. 18 mar. 2016. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Valoriza%C3%A7%C3%A3o-de-precedentes-jurisprudenciais-%C3%A9-destaque-do-novo-CPC-que-entra-em-vigor-hoje-\(18\)](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Valoriza%C3%A7%C3%A3o-de-precedentes-jurisprudenciais-%C3%A9-destaque-do-novo-CPC-que-entra-em-vigor-hoje-(18)), acesso em 22.07.2016.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Trad. Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. 2011.

FERRAZ, Taís Schilling. Repercussão Geral: muito mais que um pressuposto de admissibilidade. In: PAULSEN, Leandro (org.). *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário: estudos em homenagem a Ministra Ellen Gracie*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009, pp. 77-107.

FERREIRA, Manoel Alceu Affonso. Organização e funcionamento do Poder Judiciário. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Judiciário em debate*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais. 2010, pp. 65-70.

FREITAS JUNIOR, Horival Marques de. *Repercussão geral das questões constitucionais*. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2014.

FINE, Toni M. *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*. trad. Eduardo Saldanha, São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FIORAVANTI, Maurizio. *Derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*. 4ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

GALLOTTI, Maria Isabel, Recurso especial como instrumento de uniformização do direito federal. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca, *et al* (org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014, pp. 649-664.

GUIMARÃES, Rafael de Oliveira; RICCI, Henrique Cavalheiro. Breves considerações sobre os embargos de divergência e as propostas do Novo Código de Processo Civil. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte, ano 31, nº 84. out/dez 2013. p. 122

GRINOVER, Ada Pellegrini, O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: *O Processo: Estudos e pareceres*, 2ª ed., São Paulo: DPJ, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O federalista*. 2ª ed. Campinas: Russell Editores. 2005.

JACOBS, Andrew. Brazil is confronting an epidemic of anti-gay violence. *New York Times*. Rio de Janeiro: 5 jul. 2016. Disponível em: http://www.nytimes.com/2016/07/06/world/americas/brazil-anti-gay-violence.html?_r=1. Acesso em 12.07.2016

KOERNER, Andrei. O Poder Judiciário no sistema político da Primeira República. In: *Revista USP*. n. 21. pp. 59-69. mar./1994.

KUKINA, Sérgio. *Valorização de precedentes jurisprudenciais é destaque do novo CPC que entra em vigor hoje*. Entrevista concedida à assessoria de imprensa do Superior Tribunal de Justiça. Brasília. 18 mar. 2016. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Valoriza%C3%A7%C3%A3o-de-precedentes-jurisprudenciais-%C3%A9-destaque-do-novo-CPC-que-entra-em-vigor-hoje-\(18\)](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Valoriza%C3%A7%C3%A3o-de-precedentes-jurisprudenciais-%C3%A9-destaque-do-novo-CPC-que-entra-em-vigor-hoje-(18)), acesso em 22.07.2016.

LACOMBE, Cláudio. Poder Judiciário na atual estrutura constitucional. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Judiciário em debate*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais. 2010, pp. 80-87.

LIMA, Suzana Borges Viegas de. A readequação civil como condição essencial para a realização da dignidade do transexual: alteração do prenome e do sexo no registro civil – Comentários ao acórdão no REsp 737.933 (rel. João Otávio Noronha, DJe. 18.12.2009). In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana (coord.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, pp. 715-735.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. In: *Revista AJURIS*, Porto Alegre: AJURIS, n. 49, ano XVII, jul., 1990, pp. 149-168

MACHADO, Marcelo Pacheco. *Precisamos falar sobre o STJ... e o Novo CPC.*, disponível em: <http://jota.info/precisamos-falar-sobre-o-stj-e-o-novo-cpc>, acesso em 23.08.2015.

MADISON, James. *The federalist n.º. 47*, The particular structure of the new government and the distribution of power among its different parts. 1788, disponível em: <http://constitution.org/fed/federa47.htm>; acesso em 24 de março de 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça*, condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012.

_____. *Resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. Tese de concurso público para provimento do cargo de Professor Titular junto ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

MARINHO, Josaphat. *O poder judiciário na nova constituição*. Exposição na Associação dos Advogados de São Paulo, em 29.09.1988, pp. 28-35. 1988. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46049/44207>, acesso em 03.05.2016.

MARINONI, Luis Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedents no Brasil. *Revista de Processo*. São Paulo, v. 172, ano 34, jul. 2009.

_____. *Curso de Processo Civil - Teoria Geral do Processo*, vol. I, São Paulo: RT, 2013.

_____. *Precedentes Obrigatórios*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013a.

_____. Uma nova realidade diante do projeto do CPC: a *ratio decidendi* ou os fundamentos determinantes da decisão. In: DIDIER Jr, Fredie, et. al. (orgs.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil baseado no relatório apresentado pelo deputado Sérgio Barradas Carneiro*, em novembro de 2012. Salvador: JusPodivm, 2013b, pp. 809/871.

_____. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da Corte Suprema*. 2ª ed. São Paulo: RT. 2014.

_____. *O Superior Tribunal de Justiça enquanto corte suprema: de corte de revisão para corte de precedentes*, 2015. disponível em http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:xWLCv1xXSqIJ:www.marinoni.adv.br/baixar.php%3Farquivo%3Dfiles_/O%2520SUPERIOR%2520TRIBUNAL%2520DE%2520JUSTI%25C3%2587A%2520ENQUANTO%2520CORTE%2520SUPREMA.docx+&cd=2&hl=ptBR&ct=clnk&gl=br, acesso em 15.06.2016.

_____. *A função das cortes supremas e o novo CPC*. 2015a. disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-25/direito-civil-atual-funcao-cortes-supremas-cpc>. acesso em 19.06.2016.

_____. *Julgamento nas cortes supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

MARQUES, Cláudia Lima. Campo de Aplicação do CDC. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 3º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, pp. 80-107.

MATHIAS, Carlos Fernando. *Notas para uma história do Judiciário no Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.

MCCLOSKEY, Robert G. *The American Supreme Court*. 5ª ed. Chicago: The University of Chicago Press. 1992.

MACCORMICK, D. Neil, *Rhetoric and the Rule of Law: A theory of Legal Reasoning*. New York: Oxford University Press. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Organização do Poder Judiciário brasileiro*. 2011, disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaArtigoDiscurso/anexo/JudicBrasil.pdf>, acesso em 02.05.2016.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013.

MONTESQUIEU. O Espírito das Leis. 1748. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_montesquieu_o_espirito_das_leis.pdf. Acesso em 02.03.2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil: Dos Recursos*, 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998

_____. Súmula, jurisprudência e precedente: uma escalada e seus riscos. In: *Temas de direito processual, nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

NEVES, A. Castanheira. *O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora. 2014.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed., São Paulo: RT, 2004.

_____. Análise: Pensou-se no STF e no STJ. Mas faltou ouvir o povo. *O Estado de São Paulo*. São Paulo. 22 dez. 2014. Disponível em: <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,analisepensousenostfenostjmasfaltououviro-povo,1608221>. Acesso em: 10.06.2016.

OLIVEIRA, Maria Ângela Jardim de Santa Cruz; GAROUPA, Nuno. Stare decisis e certiorari chegam ao Brasil: uma abordagem pela análise econômica do direito. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*. Belo Horizonte, ano 21, n. 84, pp. 155-201, out./dez. 2013.

OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte, ROQUE, et al. *A Jurisprudência Defensiva ainda pulsa no novo CPC*, disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-set-06/jurisprudencia-defensiva-ainda-pulsa-codigo-processo-civil>, acesso em 20.11.2013

PAIVA, Grazielle de Albuquerque Moura. *A reforma do Judiciário no Brasil: o jogo político e a tramitação da Emenda 45*. 2012. Disponível em: http://www.cienciapolitica.org.br/wp-content/uploads/2014/04/4_8_2012_13_22_10.pdf. acesso em 17.05.2016.

PEREIRA, Paula Pessoa, *O Superior Tribunal de Justiça como corte de definição de direitos: uma justificativa a partir do universalismo*. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

PISANI, Andrea Potro. El recurso de casación en Italia. In: POSADA, Giovanni Piori. *Proceso y Constitución: El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación: Ponencias del Quinto Seminario Intenacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución*. Lima: Palestra, 2015, pp. 537 – 542.

POMBO, Bárbara. CCJ do Senado aprova treze mudanças no Novo Código de Processo Civil. *JOTA*. Brasília. 18 nov. 2015. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/ccj-do-senado-aprova-treze-mudancas-no-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em 30.07.2016.

RAMOS, André Tavares. *Manual do Poder Judiciário Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE, Miguel. O modelo jurisdicional e o STJ. In: *STJ 10 Anos: Obra comemorativa, 1989-1999*. Brasília: Editora do Superior Tribunal de Justiça. 1999, pp. 135-144.

RECONDO. Felipe, A realidade do STJ em números *JOTA*. Brasília, 28 jan. 2015. Disponível em: jota.uol.com.br/os-numeros-stj. Acesso em 03.07.2016.

RENAULT, Sérgio. *A reforma possível*. Brasília: Ministério da Justiça, 2004. Disponível em: portal.mj.gov.br/services, acesso em 13.05.2016.

RENAULT, Sérgio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo. Primeiro passo. In: *Reforma do Judiciário: Comentários à Emenda Constitucional nº45/2004*. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIBEIRO, Antônio de Pádua. Relatório da Comissão Constituinte. In: *Coletânea de julgados e momentos jurídicos dos magistrados no TFR e no STJ*: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Homenagem, n. 56. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2011, pp. 191-208, disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/coletanea/article/download/1419/1350>, acesso em 02.05.2016.

RODOVALHO, Maria Fernanda de Toledo. *A Reforma do Poder Judiciário*: análise do papel do STF e do CNJ. São Paulo: Atlas. 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*, São Paulo: Nova Cultural, 2000.

SADEK, Maria Tereza, Poder Judiciário: uma nova instituição. In: DANTAS, Humberto, et. al., *A Reforma do Estado brasileiro: perspectivas e desafios*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2010. pp. 27-44.

_____. A organização do judiciário no Brasil. In: *Uma introdução ao estudo da justiça*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010a, pp. 1-16.

_____. Judiciário: mudanças e reforma. In: *Estudos avançados*, vol. 18, n. 51, maio/ago, 2004, pp. 79-101.

SALOMÃO, Luis Felipe. O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do Direito Privado. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (coord.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: RT, 2011, pp. 23-31.

SALES, Manuel Ferraz de Campos. *Exposição de motivos ao Decreto 848 de 11 de outubro de 1890*. 1890. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-848-11-outubro-1890-499488-norma-pe.html>, acesso em 13.04.2016.

SAMPAIO, Plínio de Arruda. *Relatório sobre a organização do poder judiciário e do Ministério Público*. Assembleia Nacional Constituinte. 1987. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-114.pdf>, acesso em 08.05.2016.

_____. Ata da 7ª Reunião Ordinária da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público da Assembleia Nacional Constituinte. In: *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*. Suplemento ao nº 82. Ano 1. 24 jun. 1987. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup82anc24jun1987.pdf#page=116>. Acesso em 05.05.2016.

_____. Organização e funcionamento do Poder Judiciário. In: SADEK, Maria Tereza (org.). *Judiciário em debate*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais. 2010, pp. 95-101.

_____. *Depoimento concedido ao Memorial do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*. Entrevista concedida a Gunther Axt. São Paulo. 07 ago. 2002. Disponível em: <http://www.mprs.mp.br/memorial/noticias/id12392.htm>. acesso em 21.05.2016.

SAMPAIO JÚNIOR, Tércio Ferraz, O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? In: *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 21, 1994, pp. 40-48.

SANCHES, Sydney. Ata da 2ª Reunião de Audiência Pública da Comissão de Organização dos Poderes e Sistema de Governo da Assembleia Nacional Constituinte. In: *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*. Suplemento ao nº 114. Ano 1. 4-ago.-1987. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup114anc04ago1987.pdf#page=22> Acesso em 21.05.2016.

SANSEVERINO, Tarso. *Valorização de precedentes jurisprudenciais é destaque do novo CPC que entra em vigor hoje*. Entrevista concedida à assessoria de imprensa do Superior Tribunal de Justiça. Brasília. 18 mar. 2016. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Valoriza%C3%A7%C3%A3o-de-precedentes-jurisprudenciais-%C3%A9-destaque-do-novo-CPC-que-entra-em-vigor-hoje-\(18\)](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Valoriza%C3%A7%C3%A3o-de-precedentes-jurisprudenciais-%C3%A9-destaque-do-novo-CPC-que-entra-em-vigor-hoje-(18)), acesso em 22.07.2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa, et al. Os tribunais nas sociedades contemporâneas, In: *Oficina do Centro de Estudos Sociais*, Coimbra, nº 65, nov. 1995 – pp. 1-62.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. Recurso Especial: visão geral. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Recursos no Superior Tribunal de Justiça*. São Paulo: Saraiva. 1991, pp. 85-97.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões Judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: RT. 2015.

SCHREIBER, Anderson. A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana (coord.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, pp. 81-103.

SCOCUGLIA, Livia. STF admite que não consegue analisar processos com repercussão geral. *JOTA*. Brasília, 02 jul. 2016. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/stf-admite-que-nao-consegue-analisar-processos-com-repercussao-geral>. Acesso em 03.07.2016.

_____. Janot defende alteração de gênero no registro civil de transexual mesmo sem cirurgia. *JOTA*. Brasília, 25 jul. 2016a. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/janot-defende-alteracao-de-genero-no-registro-civil-de-transexual-mesmo-sem-cirurgia>. Acesso em 08.08.2016.

SÈROUSSEI, Roland. *Introdução do direito inglês e norte-americano*. Trad. Renata Maria Pereira Cordeiro. São Paulo: Landy, 2001.

SHAPIRO, Martin. *Courts: a comparative political analysis*. Chicago: The University of Chicago Press, 1986

_____. Revision Judicial a priori y a posteriori: los modelos norteamericanos y europeo. *Revista Chilena de Derecho*. v. 20. 1993. pp. 475-480.

_____. The United States. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn [org.]. *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press. 1995, pp.43-66.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. A função dos tribunais superiores. In: *STJ 10 Anos: Obra comemorativa, 1989-1999*. Brasília: Editora do Superior Tribunal de Justiça. 1999, pp. 145-165.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao Direito dos EUA*; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

STRAUSS, David A. *The living constitution*. New York: Oxford University Press, 2010.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

STÜNER, Rolf. The new role of supreme courts in a political and institutional context from the german point of view. In: *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. pp. 335-355.

TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direito*. Tese apresentada para o concurso de livre-docência do Departamento de Direito Processual – Área de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2008.

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>. Acesso em 06.04.2016.

_____. *Páginas sobre justicia civil*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

_____. Le funzioni delle Corti Supreme. Cenni Generali. In: *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. pp. 11-37.

_____. Las funciones de las cortes supremas: entre uniformidad y justicia. In: POSADA, Giovanni Piori. *Proceso y Constitución: El rol de las Altas Cortes y el derecho a*

la impugnación: Ponencias del Quinto Seminario Intenacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución. Lima: Palestra, 2015, pp. 133- 144.

TAVARES, André Ramos, *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

TELES JÚNIOR, Goffredo. *Carta aos Brasileiros*. 1987, disponível em: http://www.goffredotellesjr.adv.br/site/pagina.php?id_pg=30, acesso em 09.05.2016.

TOCQUEVILLE, Alexis. *A Democracia na América*. Trad. Neil Ribeiro da Silva, São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva, O Poder Judiciário na Constituição: um proposta de reforma. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, abr./jun. 1985, pp. 34-60, disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/44713/43410>, acesso em 10.05.2016.

_____. O Superior Tribunal de Justiça na Constituição de 1988. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luis Roberto (org.). *Doutrinas Essenciais Direito Constitucional*. v. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, pp. 635-658

VIARO, Felipe Albertini Nani. *O precedente no direito inglês e norte-americano*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2013.

VOJVODIC, Adriana de Moraes. *Precedentes e argumentação no Supremo Tribunal Federal: entre a vinculação ao passado e a sinalização para o futuro*. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. “Brazilian Precedentes”, 2013. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI203202,31047-Brazilian+precedentes>, acesso em 15.06.2016.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*. trad. Juarez Tavares, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ZAGREBESLKI, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

ZANETI JR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

_____. *Cortes Supremas e Interpretação do direito* In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca, et al (org.). *O papel da jurisprudência no STJ*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014, pp. 177-200.

_____. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2ª ed. Revista e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2016.

ZUFELATO, Camilo. Tribunales de vértice em la jurisdicción civil brasileira: necesidad de revisión de sus funciones. In: POSADA, Giovanni Piori. *Proceso y Constitución: El rol de las Altas Cortes y el derecho a la impugnación: Ponencias del Quinto Seminario Intenacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución*. Lima: Palestra, 2015, pp. 119- 130.

_____. Precedentes judiciais vinculantes à brasileira no Novo CPC: aspectos gerais. In: *O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas. 2015a, pp. 89 – 118.

_____. O STJ, os limites territoriais da coisa julgada na ação civil pública e o foro competente para o ajuizamento das respectivas ações indenizatórias individuais: o reestabelecimento do que nunca poderia ter sido alterado, ou ainda juízes vs. Legislador. In: *Revista de Processo*. Ano 37. 204, fev. 2012, pp. 283-316.