



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LIZANDRO RODRIGUES DE SOUSA

**OS FUNDAMENTOS DA REPERCUSSÃO GERAL: AS FUNÇÕES DOS
RECURSOS AOS TRIBUNAIS DE CÚPULA E O DESCONGESTIONAMENTO DO
STF**

BELÉM

2021

LIZANDRO RODRIGUES DE SOUSA

**OS FUNDAMENTOS DA REPERCUSSÃO GERAL: AS FUNÇÕES DOS RECURSOS
AOS TRIBUNAIS DE CÚPULA E O DESCONGESTIONAMENTO DO STF**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Pará como parte dos requisitos
para obtenção do título de Doutor em direito.

Orientador: Prof. Dr. Celso Antônio Coelho Vaz

**BELÉM
2021**

LIZANDRO RODRIGUES DE SOUSA

**OS FUNDAMENTOS DA REPERCUSSÃO GERAL: AS FUNÇÕES DOS
RECURSOS AOS TRIBUNAIS DE CÚPULA E O DESCONGESTIONAMENTO DO
STF**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Pará como parte dos requisitos
para obtenção do título de Doutor em direito.

Orientador: Prof. Dr. Celso Antônio Coelho Vaz

Data da avaliação: ____/____/____

Conceito: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Celso Antônio Coelho Vaz
(PPGD/ICJ/UFPA - Orientador)

Prof. Dr. Antônio Gomes Moreira Maués
(PPGD/ICJ/UFPA - Membro)

Profa. Dra. Pastora do Socorro Teixeira Leal
(PPGD/ICJ/UFPA - Membro)

Profa. Dra. Gisele Santos Fernandes Góes
(PPGD/ICJ/UFPA - Membro)

Profa. Dra. Loiane da Ponte Souza Prado Verbicaro
(PPGD/IFCH/UFPA - Membro)

AGRADECIMENTOS

RESUMO

Trata-se de tese que perquire quais os fundamentos teóricos e históricos que deram suporte à nova configuração do controle de constitucionalidade difuso no STF (Supremo Tribunal Federal), com a instituição da Repercussão Geral (RG). A metodologia utilizada requereu um cadenciamento argumentativo. A fim de identificar os fundamentos para a instituição da RG como filtro de admissibilidade do Recurso Extraordinário no Brasil, tratamos de cada possível fundamento em um capítulo específico. O primeiro possível fundamento considera o papel das cortes de vértice a partir da descrição da função dos juízes e dos tribunais de cúpula, diante das atuais pautas de conduta. Da constatação de que o processo evoluiu, de meio para a realização de direitos subjetivos a meio de tutela efetiva de direitos através de decisões justas e/ou da promoção da unidade do direito, o estudo analisa como deve ser concebido o processo e as funções dos tribunais de vértice. A RG ajudaria o STF a configurar-se não como uma corte de justiça, mas como uma corte de precedentes? O segundo possível fundamento supõe o reconhecimento de que há uma tendência mundial em resolver o fenômeno do congestionamento das Cortes de Vértice através da restrição de acesso, com o fim de erigi-las em verdadeiras cortes dos precedentes. A RG seria a versão brasileira nesta tendência? O terceiro possível fundamento advém da constatação do distanciamento do STF do tribunal correspondente à justificação histórica e política de sua concepção e da concepção do próprio Recurso Extraordinário, do qual a RG é atual e especial requisito de admissibilidade. Neste sentido, evidencia-se, a partir da Constituição de 1891, a destinação embrionária deste recurso à sustentação da supremacia da Constituição, da autoridade, validade e inteireza do Direito federal, da natureza e do tipo de federação brasileira. Estes escopos, hoje, poderiam ser perseguidos com o conhecimento de apenas parte relevante dos recursos extraordinários em conjunto com a operação de outros instrumentos, como as ações de controle concentrado de constitucionalidade, que não existiam em 1891? O quarto possível fundamento baseia-se nos pressupostos do modelo encontrado em Mitidiero (2015) ou Taruffo (2011), que distingue as Cortes Supremas das Cortes Superiores. Nele afirma-se que uma corte constitucional não pode ser vista como a fonte final da justiça do caso concreto, mas como corte de precedentes, e que formas de seleção de recursos segundo critérios relacionados com a importância geral das questões levantadas é um dos requisitos para que uma corte de vértice seja vista como suprema. A RG estaria consonante com este modelo? O estudo conclui que a RG junta-se a um rol de tentativas anteriores, pensadas ou

implementadas, para a superação da centenária crise do STF. Que na atualidade, a RG insere-se em um contexto positivo processual (recursos repetitivos, ações coletivas...) em prol da racionalização da prática das cortes de vértice brasileiras. E que o conjunto dos fundamentos expostos deram suporte para a implementação da RG como solução para a crise do STF e como fator de direcionamento do nosso tribunal constitucional para uma ação ordenada na perseguição de suas funções nomofilática, uniformizadora e paradigmática no campo do direito constitucional.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal. Corte Suprema. Repercussão Geral. Filtro de descongestionamento.

ABSTRACT

It is a thesis that investigates the theoretical and historical foundations that supported the new configuration of diffuse constitutionality control in the STF (Supremo Tribunal Federal), with the institution of the Repercussão Geral (RG). The methodology used required a cadence. In order to identify the foundations for the institution of the RG as a filter of admissibility of the Recurso Extraordinário appeal in Brazil, we deal with each possible foundation in a specific chapter. The first possible foundation considers the role of the vertex courts based on the description of the role of judges and of the top courts, given the current guidelines of conduct. From the observation that the process has evolved, from a means to the realization of subjective rights to an effective protection of rights through fair decisions and/or the promotion of the unity of law, the study analyzes how the process and functions of the vertex courts. Would the RG help the STF to configure itself not as a court of justice, but as a court of precedents? The second possible foundation supposes the recognition that there is a worldwide tendency to solve the phenomenon of congestion of the Vertex Courts by restricting access, in order to build them into true courts of precedents. Would RG be the Brazilian version of this trend? The third possible foundation comes from the finding of the separation of the STF from the court corresponding to the historical and political justification of its conception and the conception of the Recurso Extraordinário itself, of which the RG is a current and special requirement of admissibility. In this sense, from the Constitution of 1891 onwards, the embryonic destination of this resource to sustain the supremacy of the Constitution, the authority, validity and completeness of federal law, the nature and type of Brazilian federation, is evident. Could these scopes be pursued today with the knowledge of only a relevant part of the extraordinary appeals together with the operation of other instruments, such as the actions of concentrated constitutionality control, which did not exist in 1891? The fourth possible foundation is based on the assumptions of the model found in Mitidiero (2015) or Taruffo (2011), which distinguishes the Supreme Courts from the Superior Courts. It states that a constitutional court cannot be seen as the final source of justice in the specific case, but as a court of precedents, and that ways of selecting resources according to criteria related to the general importance of the issues raised is a fundamental requirement for that a vertex court is seen as supreme. Would RG be in line with this model? The study concludes that the RG joins a list of previous attempts, thought or implemented, to overcome the centenary crisis of the Supreme Court. That currently, the RG is inserted in a

positive procedural context (repetitive appeals, collective actions...) in favor of the rationalization of the practice of the Brazilian vertex courts. And that the set of grounds exposed gave support to the implementation of the RG as a solution to the STF crisis and as a directing factor of our constitutional court towards an orderly action in pursuit of its nomophylactic, standardizing and paradigmatic functions in the field of constitutional law.

Keywords: Supremo Tribunal Federal. Supreme Court. Repercussão Geral. Decongestion Filter.

RÉSUMÉ

Il s'agit d'une thèse qui étudie les fondements théoriques et historiques qui ont soutenu la nouvelle configuration du contrôle diffus de constitutionnalité au sein du STF (Supremo Tribunal Federal), avec l'institution de la Repercussão Geral (RG). La méthodologie utilisée nécessitait une cadence. Afin d'identifier les fondements de l'institution de la RG comme filtre de recevabilité du Recurso Extraordinário au Brésil, nous traitons chaque fondement possible dans un chapitre spécifique. Le premier fondement possible considère le rôle des vertex courts sur la base de la description du rôle des juges et des plus hautes juridictions, compte tenu des lignes directrices de conduite actuelles. Partant du constat que le processus a évolué, passant d'un moyen de réalisation des droits subjectifs à une protection effective des droits par des décisions équitables et/ou la promotion de l'unité de droit, l'étude analyse comment le processus et les fonctions des juridictions vertex . Le RG aiderait-il le STF à se configurer non pas comme une cour de justice, mais comme une cour de jurisprudence ? Le deuxième fondement possible suppose la reconnaissance qu'il existe une tendance mondiale à résoudre le phénomène d'encombrement des Vertex Courts en restreignant l'accès, afin d'en faire de véritables cours de jurisprudence. RG serait-il la version brésilienne de cette tendance ? Le troisième fondement possible provient du constat de la distance entre le STF et le tribunal correspondant à la justification historique et politique de sa conception et à la conception du Recurso Extraordinário lui-même, dont le RG est une condition actuelle et particulière de recevabilité. En ce sens, à partir de la Constitution de 1891, la destination embryonnaire de cette ressource pour soutenir la suprématie de la Constitution, l'autorité, la validité et l'intégralité de la loi fédérale, la nature et le type de fédération brésilienne, est évidente. Ces portées, aujourd'hui, pourraient être poursuivies avec la connaissance d'une partie seulement pertinente des ressources extraordinaires avec le fonctionnement d'autres instruments, tels que les actions de contrôle concentré de constitutionnalité, qui n'existaient pas en 1891 ? Le quatrième fondement possible se fonde sur les hypothèses du modèle retrouvé dans Mitidiero (2015) ou Taruffo (2011), qui distingue les Cours suprêmes des Cours supérieures. Il précise qu'une cour constitutionnelle ne peut pas être considérée comme la source finale de justice dans une affaire spécifique, mais comme une cour de jurisprudence, et que les moyens de sélectionner les ressources selon des critères liés à l'importance générale des questions soulevées est une exigence fondamentale pour qu'une cour vertex est considérée comme suprême. RG serait-il dans la lignée de ce modèle ? L'étude conclut que le RG rejoint une liste

de tentatives précédentes, pensées ou mises en œuvre, pour surmonter la crise du centenaire de la Cour suprême. Qu'actuellement, le RG s'insère dans un contexte procédural positif (appels répétitifs, actions collectives...) en faveur de la rationalisation de la pratique des vertex courts brésiliens. Et que l'ensemble des motifs exposés appuyait la mise en œuvre du RG comme solution à la crise du STF et comme facteur d'orientation de notre cour constitutionnelle vers une action ordonnée dans la poursuite de ses fonctions nomophylactiques, uniformisantes et paradigmatiques dans le domaine de la constitutionnalité. loi.

Mots-clés: Supremo Tribunal Federal. Cour suprême. Repercussão Geral. Filtre de Décongestion.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	14
1	A FUNÇÃO JURISDICIONAL	21
1.1	O controle da função jurisdicional	21
1.2	Os poderes do juiz	22
1.2.1	A Jurisdição e os princípios	24
1.2.2	Para cada caso há uma só solução correta ?	28
1.3	Conceitos vagos ou indeterminados	32
1.4	Existe discricionariedade judicial ?	37
1.5	Há discricionariedade na decisão sobre a Repercussão Geral ?	40
1.6	Conclusão	41
2	FILTROS DE ACESSO AOS TRIBUNAIS DE CÚPULA NO DIREITO COMPARADO	42
2.1	Filtros de acesso aos tribunais de cúpula	43
2.1.1	Filtro de acesso na Argentina	44
2.1.2	Filtro de acesso na Bolívia	47
2.1.3	Filtro de acesso na Alemanha	49
2.1.4	Filtro de acesso nos Estados Unidos	52
2.1.5	Filtro de acesso na Itália	57
2.2	Conclusão	60
3	AS ORIGENS E A JUSTIFICATIVA DOS RECURSOS AOS TRIBUNAIS SUPERIORES	63
3.1	A origem dos recursos aos tribunais de cúpula	63
3.1.1	O federalismo americano e a suprema corte	64
3.1.2	O recurso de cassação	67
3.2	As origens do recurso extraordinário no Brasil	70
3.2.1.	O início da “crise no Supremo”	71
3.3	Os escopos dos recursos aos tribunais de vértice	74
3.3 1	Fontes históricas	74
3.3.2	Os escopos dos tribunais de vértice	74
3.3.2.1	Dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica	77
3.4	Dos fins colimados ao processo civil ao longo da história	82
3.4.1	O Estado Liberal de Direito e o Positivismo	83
3.4.2	A teoria de Chiovenda: a jurisdição como atuação da vontade concreta da lei	86
3.4.3	A doutrina de Carnelutti: a justa composição da lide	87
3.4.4	O processo no Estado Constitucional	90
3.4.5	A jurisdição no Estado Constitucional	90
3.4.6	A autoridade dos precedente no nosso modelo constitucional	92
3.4.7	A concepção contemporânea de jurisdição: a tutela efetiva de direitos	96
3.4.8	A tutela de direitos: decisão justa e unidade do direito pelos precedentes obrigatórios	96
3.4.9	Dimensão particular da tutela de direitos: decisão justa	97
3.4.10	Dimensão geral da tutela de direitos: respeito aos precedentes	99
3.4.11	Doutrina de precedentes e Organização Judiciária	100

3.4.12	Os tribunais como Cortes de justiça e/ou Cortes de Precedentes	104
3.4.13	Os tribunais de vértice como cortes de precedente	107
3.5	Conclusão	110
4	CORTES SUPERIORES E CORTES SUPREMAS	111
4.1	Cortes de terceira instância e cortes supremas	111
4.1.1	O problema da nomofilachia	113
4.1.2	A interpretação uniforme da lei	116
4.2	Cortes Superiores e Cortes Supremas	117
4.2.1	Cortes Superiores	118
4.2.1.1	Cortes Superiores – Pressupostos conceituais	118
4.2.1.1.1	A assunção dos dogmas da estatalidade e da completude do Direito	119
4.2.1.1.2	A compreensão da teoria da interpretação judicial como uma atividade puramente lógico-intelectual	122
4.2.1.1.3	Uma particular concepção a respeito da teoria da separação dos poderes	123
4.2.1.2	Cortes Superiores – Competência e Estrutura	123
4.2.1.3	Cortes Superiores – Eficácia das decisões: efeitos <i>ex tunc</i> e <i>inter partes</i>	126
4.2.2	Cortes Supremas	129
4.2.2.1	Cortes Supremas – Pressupostos conceituais	129
4.2.2.1.1	Teoria das normas: a inexistência de identidade entre texto e norma	129
4.2.2.1.2	Teoria da interpretação jurídica	132
4.2.2.1.3	Relações existentes entre a legislação e a jurisdição	134
4.2.2.2	Cortes Supremas – Estrutura	134
4.2.2.2.1	Composição	135
4.2.2.2.2	Competência	136
4.2.2.3	Cortes Supremas – A Função nomofilática e a Corte de Precedentes Vinculantes	137
4.2.2.4	Cortes Supremas – Os Filtros recursais	141
4.3	Conclusão	144
5	O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO CORTE SUPREMA	145
5.1.	Pressupostos teóricos	145
5.2	Estrutura do STF	148
5.3	O STF e a uniformidade da interpretação do Direito	149
5.3.1	Universalismo e Particularismo	152
5.4	O STF como corte de precedentes	154
5.5	Conclusão	155
6	TENTATIVAS ANTERIORES DE SUPERAÇÃO DA CRISE DO STF	157
6.1	Algumas das tentativas anteriores de superação da “crise do STF”	157
6.1.1	Arguição de Relevância	159
6.1.2	Número de Ministros	164
6.1.3	Criação do STJ	165
6.2	Repercussão Geral: as razões do filtro	169
6.3	Conclusão	171
7	O RECURSO EXTRAORDINÁRIO: ASPECTOS PROCESSUAIS	172
7.1	Interesse em recorrer: interposição conjunta do RE e do Resp e reflexo da ausência de Repercussão Geral para o Resp	172

7.2	O requisito da Repercussão Geral e o primeiro processamento do juízo de admissibilidade do Recurso Extraordinário	177
7.3	Primeiro processamento da Repercussão Geral	180
7.4	Recurso extraordinário repetitivo	181
7.4.1	Demandas repetitivas	182
7.4.2	A burocratização do Judiciário	185
7.4.3	As ações coletivas e o processo coletivo	186
7.4.4	Os direitos individuais homogêneos: ações coletivas X ações individuais repetitivas	188
7.4.5	Contornos processuais do recurso extraordinário repetitivo	190
7.5	Conclusão	192
	CONCLUSÃO	194
	REFERÊNCIAS	198

INTRODUÇÃO

Ante a perspectiva de reforma constitucional no que dizia respeito à organização do Poder Judiciário, uma série de medidas foram adotadas em prol de um modelo judicial, visando combater a morosidade, a excessiva hierarquia e a falta de *accountability*¹. Diante de um sistema judiciário nacional independente (SANTISO, 2003), mas em crise funcional, urgia a busca por um novo modelo de tribunal constitucional.

Considerando-se a configuração prevista pela CF/88 para o sistema judicial brasileiro constata-se que compete a nossa corte constitucional julgar, em primeira ou última instância, todas as causas constitucionais. Mas o congestionamento deste tribunal evidencia dificuldade nesta prestação jurisdicional (SANTISO, 2003), dificultando a afirmação dos direitos fundamentais consagrados formalmente na mesma Constituição. Segundo Cappelletti, a definição de acesso à justiça incluiu uma justiça “igualmente acessível a todos” (CAPPELLETTI, 2002, p. 08). Nas sociedades contemporâneas, o acesso à justiça ganhou especial atenção, eis que se procurou dotar os indivíduos com novos direitos substantivos acompanhados de mecanismos para sua efetiva reivindicação. Hoje, mais do que garantia de novos direitos substantivos e mecanismos de reivindicação, o acesso à justiça significa obtenção da justiça substancial. Não obtém a justiça substancial quem não consegue o exame de suas pretensões pelo Judiciário, quem as recebe atrasadas ou mal formuladas (DINAMARCO, 2005).

Importa nesta tese avaliar os fundamentos da nova configuração do controle difuso de constitucionalidade, com a instituição da Repercussão Geral no Recurso Extraordinário. Interessa, neste contexto, avaliar as razões desta solução. A interpretação final das normas constitucionais, em controle difuso de constitucionalidade, cabe ao STF. Mas a interpretação das leis em um sistema inspirado no *judicial review* é função própria dos juízes, e serve como uma garantia da Constituição, da organização e dos direitos nela reconhecidos (HAMILTON, 1984). Desta forma, a deficiência no exercício da jurisdição constitucional trará conseqüências para a proteção dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro (MAUÉS, 2009).

O STF não cumpre com sua função de Corte constitucional quando não consegue julgar de forma célere as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), os Recursos

¹ Accountability: representa a responsabilidade objetiva de uma pessoa ou organização responder perante outras pessoas ou organizações (CAMPOS, 1990).

Extraordinários (em sede de controle difuso de constitucionalidade) e demais ações que lhe compete, de controle de constitucionalidade ou não. Este mister é obstaculizado em sua eficácia por deficiências na concepção e na execução do modelo de controle de constitucionalidade brasileiro. Enquanto a Suprema Corte dos Estados Unidos (formada por nove ministros) julgou 71 casos em 2016 e 82 casos² em 2015³, o STF (formada por onze ministros) julgou 17.716 casos em 2016 e 17.073 casos⁴ em 2015⁵, considerando-se somente as decisões colegiadas. Se contabilizarmos as decisões monocráticas, o STF julgou um total de 117.486 casos em 2016 e 116.660 casos em 2015⁶.

A grande diferença é que a Suprema Corte americana, desde 1925, escolhe o que julgar. O procedimento que permite esta seleção pela Corte (*writ of certiorari*) foi adotado devido à percepção de um grande congestionamento da Suprema Corte americana e da conseqüente sobrecarga de trabalho de seus ministros (MOREIRA, 2003). As questões que não chegam à Suprema Corte americana são solucionadas nas instâncias inferiores. No Brasil, teoricamente, e antes da instituição da Repercussão Geral, toda questão constitucional (em controle de constitucionalidade difuso) poderia chegar ao STF.

Nesta tese intenta-se colher fundamentos teóricos e históricos que deram suporte à nova configuração planejada pela Reforma do Judiciário a respeito do controle de constitucionalidade difuso no STF, com a instituição da Repercussão Geral. Procura-se, por exemplo, por razões que fundamentem um real constrangimento institucional sobre a atuação das burocracias do Poder Judiciário (VAZ, 2014) e que sinalizem para atendimento das finalidades da Reforma do Judiciário (EC 45/2004).

Institutos e instituições⁷ novos foram concebidos e/ou modificados para implementar a chamada Reforma do Judiciário. A proposta presente intenta trazer fundamentos teóricos que as fundamentaram, com foco na Repercussão Geral (RG) do

² Durante o ano de 2018, 73 casos foram discutidos na Suprema Corte americana, em comparação com 69 casos discutidos em 2017. Dados em: <https://www.supremecourt.gov/publicinfo/year-end/2019year-endreport.pdf>. Acesso em 08/08/2021.

³ <https://www.supremecourt.gov/publicinfo/year-end/2015year-endreport.pdf>. Acesso em 01/09/2018.

⁴ Durante o ano de 2018, 14.529 decisões colegiadas foram prolatadas no STF, em comparação com 12.894 decisões colegiadas em 2017. Dados em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoeginicio>. Acesso em 01/09/2018.

⁵ <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoeginicio>. Acesso em 01/09/2018.

⁶ <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoeginicio>. Acesso em 01/09/2018.

⁷ Reproduzimos aqui o conceito tradicional de que instituição é um conjunto de normas, valores e regras e sua evolução. Mas ressaltamos que a atenção ao institucionalismo sociológico requer uma ampliação deste conceito, tendo-se em vista que os teóricos dessa escola tendem a definir as instituições de maneira mais global, incluindo não só as regras, procedimentos ou normas, mas também os sistemas de símbolos, os esquemas cognitivos e os modelos morais que fornecem "padrão de significação" que guiam a ação humana (HALL; TAYLOR, 1996).

Recurso Extraordinário. Importa trazer subsídios que ajudem na correção de caminhos. A RG foi criada para funcionar como um filtro selecionador das grandes questões constitucionais a serem julgadas pelo STF (o que redundaria no direcionamento de um maior número de processos em controle difuso a serem resolvidos definitivamente nos tribunais inferiores).

A análise qualitativa de um conjunto limitado de decisões proferidas é a que tradicionalmente se pratica nos estudos das decisões jurídicas no Brasil, através de estratégias como (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011, p. 08):

(a) análise de elementos jurídicos ou políticos expressos no texto das decisões judiciais; (b) comparações com outros conjuntos limitados de casos sobre temas semelhantes adotados por outros tribunais, sejam eles nacionais ou estrangeiros; (c) crítica da solução ou da argumentação expressa na decisão com base em critérios jurídicos, políticos, econômicos etc...

O desafio é como compreender, a partir de pequenos grupos de decisões, o posicionamento institucional do Poder Judiciário. Isto porque normalmente aquelas decisões expressam posições restritas apenas aos casos nos quais foram proferidas.

Mesmo se focarmos nas decisões de um único tribunal, como o STF, uma tendência expressa em um caso pode ser mitigada ou negada por outra linha jurisprudencial, e os padrões expressos no curto prazo podem discrepar das tendências de médio e longo prazo. Assim, no caso de instituições judiciais, análises qualitativas focadas em um pequeno número de observações de decisões judiciais são importantes e necessárias, mas nos proporcionam uma perspectiva incompleta de como se comportam essas instituições (FALCÃO, CERDEIRA, ARGUELHES, 2011).

Os jusfilósofos Cass Sunstein e Adrian Vermeule, em artigo intitulado “Interpretation and institutions” (2002), defendem que a teoria jurídica contemporânea tem concentrado-se mais na discussão de teorias hermenêuticas, em detrimento de teorias da decisão institucional. As teorias jurídicas têm debatido mais teorias normativas da decisão judicial (o modo pelo qual os juízes deveriam julgar) do que teorias a respeito das implicações institucionais de uma teoria da decisão judicial, ou seja, como as decisões jurídicas podem afetar o funcionamento das instituições ou serem afetadas por ele (SUNSTEIN, VERMEULE, 2002).

O STF deve ser visto como uma Corte Suprema, preocupada com a unidade do direito constitucional brasileiro e construída para impor precedentes. E a Repercussão Geral é um instrumento criado neste intento. Esta tese pretende trazer fundamentos teóricos e históricos que confirmem este escopo. O trabalho analisa o desenho processual e

organizacional do controle de constitucionalidade difuso no Brasil e do recurso que leva discussões sobre a constitucionalidade de leis ao Supremo Tribunal Federal (STF): o Recurso Extraordinário (RE). Pretende demonstrar que desde o início do século XX instalou-se uma crise numérica e de congestionamento no STF, que melhor se define como a crise do Recurso Extraordinário e que ainda não foi completamente equacionada. Pretende demonstrar que a solução para esta crise passa por mudanças institucionais que tenham por base transformar o STF em uma verdadeira Corte Suprema e de precedentes, no lugar de uma Corte de Terceira (ou quarta) Instância. Pretende demonstrar também que a Repercussão Geral é parte deste esforço e que não pode ser tomada como um simples instrumento de redução numérica de recursos extraordinários levados ao STF, mas como via de moldagem deste tribunal às suas funções constitucionais. Descreve a trajetória normativa do Recurso Extraordinário (RE) desde sua criação pela Constituição de 1891 até instituição da Repercussão Geral. Analisa o tratamento legislativo que é dado pelos sistemas constitucionais de outros países em que se constatou o mesmo problema do congestionamento das cortes de vértice pelas demandas de controle de constitucionalidade difuso, ou mesmo por outras demandas jurisdicionais. Aborda a Repercussão Geral como um conceito jurídico indeterminado e a possibilidade de decisão discricionária em seu julgamento. Destaca explicações teóricas que embasem e justifiquem o filtro constitucional recursal brasileiro.

Se é verdade que o processo civil no Estado constitucional deve ser visto como meio para tutela dos direitos, e que essa tutela deve ter uma dupla direção (partes e sociedade) e através de um duplo discurso (decisão justa e unidade do Direito por meio do respeito ao precedente (MITIDIERO, 2015)), torna-se indispensável aferir de que modo o processo e as Cortes Supremas devem estruturar-se para comportar esse duplo discurso. Esta estrutura passa pela caracterização do STF como uma verdadeira Corte Suprema.

Pretende-se avaliar os fundamentos da instituição da Repercussão Geral como solução para a crise do STF e como fator de direcionamento para a busca de suas funções nomofilática⁸, uniformizadora e paradigmática.

Para este fim se faz necessário localizar o instituto da Repercussão Geral no contexto (inicial) dos instrumentos de controle das decisões dos juízes e dos tribunais através dos recursos excepcionais aos tribunais de cúpula.

⁸ A palavra *nomofilático*, talhada inicialmente para definir aquele recurso projetado para proteger a lei, “pode ser subtraída da ideologia maniqueísta em que foi concebida, de modo a significar, nos dias de hoje, simplesmente manutenção da inteireza do *direito*, e não mais estritamente da lei.” (DANTAS, 2012, p. 40).

As pautas de condutas, nos dias de hoje, no Brasil, não se confundem necessariamente com o texto da lei e sua observância deve ter como norte sempre a isonomia e a segurança jurídica. O processo evoluiu de meio para a realização de direitos subjetivos a meio de tutela efetiva de direitos através de decisões justas e da promoção da unidade do Direito (MITIDIERO, 2015).

O constituinte de 1988 pretendeu conferir ao Supremo Tribunal Federal (STF) a condição de Corte Constitucional do Brasil, atribuindo-lhe literalmente a competência destacada de guarda da Constituição da República (BRASIL, 1988)⁹, além de outras atribuições próprias da justiça ordinária, e lhe retirou a função de tutor da legislação federal (função que passou ao então criado Superior Tribunal de Justiça - STJ). Mesmo após esta mudança, ao todo, conforme relato de Falcão, Cerdeira e Arguelles (2011), a Constituição (art. 102 e parágrafos) ou o Regimento do Supremo oferecem às partes 52 classes processuais diferentes, ou seja, 52 portas de entrada para a Corte, das quais 36 classes processuais estão efetivamente ativas, o que ainda seria muito significativo para uma Suprema Corte.

Desta configuração resultou um tribunal congestionado e moroso, que distribuía anualmente nos primeiros anos do século XXI na ordem de 100.000 processos aos seus (11) ministros¹⁰. Nosso objeto de estudo é a classe processual mais freqüente (e mais antiga) desta distribuição (FALCÃO, CERDEIRA, ARGUELES; 2011), o Recurso Extraordinário, base do controle de constitucionalidade difuso no Brasil, com foco na Repercussão Geral.

A metodologia utilizada requereu um cadenciamento. A fim de identificar os fundamentos para a instituição da Repercussão Geral como filtro de admissibilidade do recurso extraordinário no Brasil, tratamos de cada possível fundamento em um capítulo específico.

No Capítulo 1 (A Função Jurisdicional) descrevemos a função dos juízes e a dos tribunais de cúpula, diante das atuais pautas de conduta. Estas, nos dias de hoje, no Brasil, não se confundem necessariamente com o texto da lei e sua observância deve ter como norte sempre a isonomia e a segurança jurídica. O processo evoluiu de meio para a realização de direitos subjetivos a meio de tutela efetiva de direitos através de decisões justas e/ou da promoção da unidade do direito (Mitidiero, 2015). É neste contexto que deve ser concebido o processo e as funções dos tribunais de vértice. Dentre estas funções não deve ser incluída a de

⁹ “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição (...)”.

¹⁰ Conforme dados do próprio STF, em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>. Acesso em 01/09/2018.

revisar todo e qualquer litígio já resolvido em sede recursal. O tribunal de vértice não é uma corte de justiça. A RG ajudaria o STF a configurar-se não como uma corte de justiça, mas como uma corte de precedentes?

No Capítulo 2 (filtros de Acesso aos tribunais de Cúpula no Direito Comparado) tentamos demonstrar que há uma tendência mundial em resolver o fenômeno do congestionamento das Cortes de Vértice através da restrição de acesso, com o fim de erigi-las em verdadeiras cortes dos precedentes ou de controle concentrado de constitucionalidade. A RG seria a versão brasileira nesta tendência?

No Capítulo 3 (As Origens e a Justificativa dos Recursos aos Tribunais Superiores) descrevemos a justificativa histórica e política da concepção do STF e do próprio recurso extraordinário, do qual a Repercussão Geral é atual e especial requisito de admissibilidade. Neste sentido, evidencia-se, a partir da Constituição brasileira de 1891 a destinação embrionária deste recurso, segundo o modelo federativo norte americano, à sustentação da Supremacia da Constituição, da autoridade, validade e inteireza do Direito federal, da natureza e do tipo de federação brasileira. Estes escopos, hoje, podem ser buscados com o conhecimento de apenas parte relevante dos recursos extraordinários em conjunto com outros instrumentos, como as ações de controle concentrado de constitucionalidade e o recurso especial, que não existiam em 1891?

No Capítulo 4 descrevemos o modelo encontrado em Mitidiero (2015) ou Taruffo (2011), que distingue as Cortes Supremas das Cortes Superiores. Nele demonstra-se que uma corte constitucional não pode ser vista como a fonte final da justiça do caso concreto, mas como corte de precedentes, e que formas de seleção de recursos segundo critérios relacionados com a importância geral das questões levantadas é um dos requisitos fundamentais para que uma corte de vértice seja vista como suprema. A RG estaria consonante com este modelo?

No Capítulo 5 intentamos fixar as premissas, com base no modelo de Mitidiero (2015) e Taruffo (1999), que permitirão que o STF se distancie da prática de uma corte superior e se aproxime da prática de uma corte suprema. O STF tem a oportunidade de controlar sua agenda, em prol de cumprir seus objetivos institucionais.

No Capítulo 6 descrevemos algumas das tentativas anteriores, pensadas ou implementadas, para a superação da centenária crise do STF.

No Capítulo 7 não tratamos de um fundamento específico para a instituição da Repercussão Geral como filtro de admissibilidade do Recurso Extraordinário no Brasil. Tratamos do contexto positivo processual (recursos repetitivos, ações coletivas...) em que o filtro constitucional foi inserido, e tentamos descrever a sintonia de tal reforma com este contexto.

Por fim, em conclusão, avaliamos em conjunto os fundamentos expostos que dariam suporte para a implementação da Repercussão Geral como solução para a crise do STF e como fator de direcionamento do nosso tribunal constitucional para uma ação ordenada (e em conjunto com as outras instâncias judiciais) para a busca de suas funções nomofilática, uniformizadora e paradigmática no campo do direito constitucional.

Ao longo destes capítulos valemo-nos de consulta à doutrina nacional e estrangeira que tenha versado sobre o objeto de estudo, dando especial atenção àquelas que provocaram reflexões nos autores principais de referência na tese, nas obras: MITIDIERO (2015), MARINONI (2014), ALVIM e DANTAS (2019), DANTAS (2012), ÁVILA (2008), TARUFFO (2011) e GUASTINI (2019). Os dados estatísticos foram coletados, em sua maioria, no *site* do STF: <http://portal.stf.jus.br/estatistica/> .

1 A FUNÇÃO JURISDICIONAL

1.1 O controle da função jurisdicional

Um primeiro fundamento para a instituição da Repercussão Geral como filtro de admissibilidade do recurso extraordinário no Brasil advém do reconhecimento de que o processo evoluiu de meio para a realização de direitos subjetivos a meio de tutela efetiva de direitos através de decisões justas e/ou da promoção da unidade do direito (Mitidiero, 2015). É neste contexto que deve ser concebido o processo e as funções dos tribunais de vértice. Dentre estas funções deve ser incluída a de revisar todo e qualquer litígio já resolvido em sede recursal? Como a Repercussão Geral interferiria nesta realidade?

As pautas de condutas, nos dias de hoje, não se confundem necessariamente com o texto da lei e sua observância deve ter como norte sempre a isonomia e a segurança jurídica.

Pode-se afirmar que hoje o direito, e mais especificamente o direito positivo, se tem revelado cada vez mais imprescindível à vida em sociedade. A soberania da lei é a forma encontrada pelo homem para evitar abusos de poder. Desde é claro que se trate de lei socialmente legitimada.

O Estado de Direito só é possível em uma estrutura política em que se tripartam as funções do Poder.

Entre 1800 e 1900 reinou uma idolatria quase cega pelo conceito de Estado de direito. A desconfiança quanto aos órgãos do Estado fez com que se passasse a preferir a rigidez das normas legais a qualquer espécie de liberdade que pudesse caber ao juiz (FERRAZ JÚNIOR, 2015). Os juízes começaram a recuperar seu poder a partir da Segunda Guerra Mundial.

E, a partir daí, colocou-se a problemática da separação dos Poderes (KERN, 2014). O juiz aplica o direito. Mas a lei escrita tem lacunas e cada vez mais precisa ser interpretada. Há também as situações problemáticas, cuja solução não está de modo expresso na lei. Então, a função do direito não se cinge a declarar o direito, mas em certa medida, em criá-lo. Ou seja, em certa medida, o juiz cria o direito, a luz das demais regras do sistema legal.

O fato é que, contemporaneamente, as decisões já não podem mais ser consideradas como resultado imediato e automático da aplicação do texto legal.

1.2 Os poderes do juiz

Sente-se, no mundo contemporâneo ocidental, uma tendência que aponta para o incremento dos poderes do juiz, tanto no que diz respeito à sua conduta no processo, quanto no que tange à interpretação da lei (BARBOSA MOREIRA, 1985).

A possibilidade de o juiz contemporâneo decidir sobre políticas públicas ilustra bem a relevância e a complexidade da função jurisdicional (ALVIM; DANTAS, 2019). Por exemplo, em ações em que se pleiteia fornecimento gratuito de medicamentos (BARROSO, 2007).

O direito legal deixou de ser visto como entidade dotada de completude lógica, tendo o juiz deixado de ser visto como um “aparelho de subsunção”, sendo a administração colocada em pé de igualdade com o legislativo, e se passou a admitir que o juiz decidisse de acordo com as peculiaridades de cada caso. Estas circunstâncias evidenciam a relevância do dever de motivar (ALVIM; DANTAS, 2019).

O juiz está vinculado à lei (art. 5º, II, art. 93, IX e X da CF). Isto quer dizer que há de fundamentar todas as suas decisões na lei, embora não exclusivamente. Com esta exigência têm-se, entre outras consequências, o aumento da previsibilidade e da repercussão das normas do direito (HASSEMER, 1985). Ainda que se admita que o juiz tem padrões mais flexíveis a seguir, há que se admitir que há padrões, como a valorização dos princípios da segurança jurídica e da isonomia (TARUFFO, 2015). O fim constitucional é o *welfare state*, de cuja discussão participam todos, ficando claro que há algo a ser feito. A Constituição Federal passa a incorporar (ao lado de regras específicas e diretas) regras gerais, formuladas abstratamente, e que normalmente atendem a fins e conceitos vagos cujo conteúdo está, em parte, a ser construído (ALVIM; DANTAS, 2019), como, por exemplo, o instituto da Repercussão Geral.

Há nas sociedades contemporâneas tendência a que sejam incorporados aos segmentos institucionalizados camadas sociais que, em outros tempos, viveriam à margem dos benefícios gerados pelas conquistas da civilização (ARENDDT, 2014).

Descrevendo a “sociedade inclusiva com os olhos voltados para o direito”, Arruda Alvim assevera que a ideia contemporânea de utilidade liga-se à concepção segundo a qual o aparato estatal deve abranger um número cada vez maior de jurisdicionados, transmutando-os de jurisdicionados formais para jurisdicionados substanciais (ARRUDA ALVIM, 1988).

Há uma tendência a que camadas sociais procurem incorporar-se em direção ao que Arruda Alvim chama de “centro de deliberação social” (ARRUDA ALVIM, 1988, p. 7).

Aqui cabe uma reflexão sobre o movimento paralelo para um acesso à justiça (cujo maior expoente doutrinário é Mauro Capelletti) deste mesmo contingente. Será que os sistemas jurídicos se prepararam para receber estes novos e numerosos demandantes/litigantes? Qual o efeito nos tribunais de cúpula deste movimento de chegada?

Os novos problemas, típicos das sociedades contemporâneas, trazidos aos sistemas judiciários não surpreenderam só em número, mas também em complexidade, o que deixou em evidência a fragilidade e insuficiência do raciocínio dedutivo e da dogmática tradicional (ALVIM; DANTAS, 2019) e a necessidade de conformação das instituições judiciárias. Niklas Luhmann assevera que o sistema não pode operar com uma lógica puramente dedutiva, “o que de modo algum exclui o fato de que a argumentação dedutiva desempenha um papel considerável em contextos de decisão suficientemente arranjados e é mesmo indispensável” (LUHMANN, 1990, p. 162). Nem exclui que erros cometidos nessa área de fundamentação de sentenças levariam à correção através de instâncias superiores (LUHMANN, 1990).

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 os casos, para que possam formular novas regras de decisão. Este desenvolvimento do direito resulta da proibição da recusa da Justiça, que redundando em uma liberdade de construção do Direito. Nos termos de Luhmann (1990, p. 163):

Por essa razão, podemos compreender essa norma fundamental da atividade dos tribunais (*Gerichtsbearbeitung*) como o paradoxo da transformação da coerção em liberdade. Quem se vê coagido à decisão e, adicionalmente, à fundamentação de decisões, deve reivindicar para tal fim uma liberdade imprescindível de construção do Direito.

Reconhecer no direito um sistema aberto (ao futuro, à sociedade, à possibilidade de alterações) é fruto da consciência de sua historicidade e não compromete seu *status* de ciência (ALVIM; DANTAS, 2019). A abertura como incompletude do conhecimento científico acresce assim a abertura como modificabilidade da própria ordem jurídica. Segundo Canaris, ambas as formas de abertura são próprias do sistema jurídico e “nada seria mais errado do que utilizar a abertura do sistema como objeção contra o significado da formação do sistema na Ciência do Direito ou, até, caracterizar um sistema aberto como uma contradição em si” (CANARIS, 2012, p. 109).

Mas, a certeza é algo que tem sido permanentemente exigido do direito. Mesmo que seja uma certeza concreta, num dado momento histórico (ARRUDA ALVIM, 1988). Não lidamos com verdades reveladas (religiosas) nem descobertas (científicas), mas com verdades que são fruto quase que de um consenso. É a verdade que nasce do processo de interação entre as pessoas a partir de um quadro referencial (ALVIM; DANTAS, 2019) e de decisões (GUASTINI, 2019). Arruda Alvim usa a expressão “maior ou menor carga de verdade” (ARRUDA ALVIM, 1988).

Reconhece-se a insuficiência do positivismo, mas não se o abandona por completo (LUHMANN, 1990).

ALVIM (2019) entende que cada caso comporta uma só decisão que seja tida como correta. Mas, explica sua afirmação: não se trata de entender que *a priori* haveria uma decisão “predeterminada” para cada situação de conflito. A potencial equivocidade da linguagem impede que se considere o processo de interpretação do Direito como algo neutro e cujo resultado é unívoco (GUASTINI, 2019). Acredito que a ideia de que *a priori* não há uma decisão única para os problemas interpretativos, mas que uma vez decidido, esta interpretação deve ser tomada como única, deve nortear a atitude do juiz ao buscar a forma de resolver o caso que se coloca sob sua apreciação. Daí sobressairá a importância dos precedentes. Nos termos de Alvim e Dantas, “embora em tese possamos admitir que um mesmo caso pode ser adequadamente resolvido de mais de um modo, depois de ter havido opção, essa forma de resolver o caso será a única.” (ALVIM; DANTAS, 2019, p. 165).

1.2.1 A Jurisdição e os princípios

A dogmática tradicional não conta com instrumental suficiente para resolver todos os problemas do mundo contemporâneo. Este instrumental (o raciocínio dedutivo, o processo subsuntivo e a norma posta) há de ser complementado. Em consequência, os princípios vêm ganhando importância (ALVIM, DANTAS, 2019).

A definição de princípios jurídicos e sua distinção relativamente às regras, depende do critério em função do qual a distinção é estabelecida. É importante perceber que “há fenômenos normativos diversos e que - eis a questão - é mais adequado, em nome da clareza e da consistência argumentativa, qualificá-los de modo também diverso.” (ÁVILA, 1999, p. 155).

Alvim e Dantas (2019) defendem que o fato de nossa Constituição Federal tratar de assuntos tão díspares e que algumas vezes não seriam, substancialmente, apropriados para constar em uma constituição nacional, acaba por acarretar a “vulgarização da Constituição, esvaziando, pelo menos em parte, a sua solenidade e comprometendo a sua vocação à permanência” (ALVIM; DANTAS, 2019, p. 108). Adicione-se que esta diversidade embute uma capacidade de congestionar nosso STF de ações de controle de constitucionalidade difuso. Mas, tem, “essa incorporação progressiva de matérias diversas, a sua face virtuosa, que seria consistente em tomar para si direitos e institutos não contemplados por uma visão liberal de Estado já parcialmente superada” (ALVIM; DANTAS, 2019, p. 108).

A nossa Constituição Federal não é sintética, principiológica, como talvez devesse ser. O constituinte de 1988 produziu um texto mais que analítico (BARROSO, 2012). Referindo-se à nossa Carta, assevera Barroso (2001, p. 45):

De um lado, avanços como a inclusão de uma generosa carta de direitos, a recuperação das prerrogativas dos Poderes Legislativo e Judiciário, a redefinição da Federação. De outro, no entanto, o texto casuístico, prolixo, corporativo, incapaz de superar a perene superposição entre o espaço público e o espaço privado no país. A Constituição de 1988 não é a Carta da nossa maturidade institucional, mas das nossas circunstâncias. Não se deve, contudo, subestimar o papel que tem desempenhado na restauração democrática brasileira.

Se a letra da lei não é mais a base única das decisões do juiz, sendo-o também outros elementos do sistema (jurisprudência e doutrina), a ocorrência de dicções diferentes para casos iguais passa a ser algo que pode ocorrer neste contexto, com frequência. O princípio da isonomia e da legalidade (art 5º, *caput* e inciso da CF), verdadeiros pilares da civilização moderna, levam a que se considerem adequadas soluções que tendam a minimizar discrepâncias (ANDRIGHI, 2006). E, assim, urge a necessidade de tentar uniformizar a jurisprudência. Neste intento, dois métodos regulamentados pelo novo Código de Processo Civil - NCPC (BRASIL, 2015) são o incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976 do NCPC) e a Repercussão Geral em casos repetitivos (§ 4º do art. 1.029 do NCPC).

Importante ressaltar que, em países de tradição do *civil law*, a jurisprudência difere do precedente, base do sistema do *commom law*. Assim disserta Michele Taruffo que o precedente (no *commom law*) fornece uma regra universalizável que pode ser aplicada como critério de decisão no caso sucessivo em função da identidade ou analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso (TARUFFO, 2014). “A estrutura fundamental do raciocínio que sustenta e aplica o precedente ao próximo caso é fundada na análise dos fatos” (TARUFFO, 2014, p. 04). O emprego da jurisprudência (no *civil law*) tem características

bastante diversas. Primeiramente falta a análise comparativa dos fatos, ao menos na grandíssima maioria dos fatos (TARUFFO, 2013).

Há situações em que a natureza cambiante da matéria e as questões sociais delicadas que esta envolve tornam desejável que se deixe à escolha fundamentada do juiz e à jurisprudência a decisão, conseguindo-se obter flexibilidade à custa do sacrifício da certeza. Há, todavia, outros casos onde a certeza que pode ser assegurada e o julgamento, baseado em estáveis regras e princípios jurídicos, é mais relevante que a possibilidade de se obter flexibilidade (ALVIM; DANTAS, 2019). São dois tipos de ambientes decisoriais diferentes. Cada qual caracterizado por áreas do direito material ou substancial, com seus princípios e regras, em que o conflito deve ser resolvido.

Será o ambiente decisoriais que fornecerá os elementos para que se saiba até que ponto o juiz deve levar em conta peculiaridades do caso concreto, nuances da situação ao decidir, o que lhe dá certa margem de liberdade; e até que ponto pode, legitimamente, levar em conta na sua decisão alterações sociais que o autorizam a divergir suavemente do que até então estava estabelecido (ALVIM; DANTAS, 2019).

A linguagem aberta das Constituições nos remete à ideia no sentido de que paralelamente à distinção dos ambientes decisoriais, como fator para determinar a liberdade de o juiz decidir, há técnicas de redação das leis escritas ligadas à flexibilidade dos padrões de decisão. Estas técnicas são o uso de conceitos vagos (ou indeterminados) e as cláusulas gerais (ALVIM; DANTAS, 2019). Segundo os autores citados (ALVIM; DANTAS, 2019, p. 206):

Trata-se de técnicas operativas, que driblam a complexidade das sociedades contemporâneas e compensam a velocidade com que se operam as alterações na vida atual. De fato, hoje as sociedades são mais complexas e o sonho do acesso à justiça, em uma considerável medida, se realizou. Sem esses expedientes, os juizes não conseguiriam decidir.

Também os princípios são normas vagas que complementam, incorporam valores e inspiram o direito escrito. Quando está aplicando normas redigidas sob estas técnicas é perceptível a atitude criativa do juiz.

Aí se flagra a atual recusa de uma identificação incondicional do direito com a lei, e isso tanto no nível da intencionalidade propriamente dita, como no nível inclusive da estrutura político-jurídica do Estado. E o esquema de uma atividade de interpretação jurídica automática e uma aplicação necessariamente dedutiva da lei, que com a lei formal e unicamente se bastasse e tão-só a reproduzisse, não menos se tem já por inexato e

normativamente impraticável (CASTANHEIRA NEVES, 2014). Nos dizeres complementares de Castanheira Neves (2014, p. 107):

Aliás, este último ponto é o que justamente se comprova com a experiência da jurisprudência dos tribunais de cassação e de revista e até, manifestamente, com a exigência mesma dos *assentos* – ou com a experiência da concreta aplicação do direito que condicionou a sua instituição. (Destaque no original)

A propósito, Mello (2016) acusa que a complexidade e a sofisticação intelectual da atividade de interpretação jurídica foram ignoradas pelo formalismo interpretativo que guiou o legislador do Código de Processo Civil de 1973 e, por outro lado, o mesmo autor ressalta que o Novo Código de Processo Civil – NCPC (BRASIL, 2015) rejeitou aquele formalismo convencional e procurou qualificar a interpretação judicial por meio de normas que dirigissem a fundamentação das decisões judiciais. O doutrinador exemplifica este avanço através da dicção do art. 489 e parágrafos¹¹ do NCPC, que parte de uma compreensão muito mais complexa e refinada da decisão judicial ao impor ao juiz um "dever de fundamentação analítica" e trazer uma série de comandos diretivos da fundamentação judicial, que podem ser compreendidos como deveres ou proibições que incidem sobre a fundamentação das decisões judiciais. Mello (2016) defende que esse reconhecimento representa “uma ruptura com a concepção formalista e cognitivista adotada pelo estatuto anterior, sem que essa ruptura represente a adesão a qualquer uma das diversas concepções teóricas existentes acerca da interpretação jurídica e da decisão judicial.” (MELLO, 2016, p. 02).

¹¹ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fê.

Só que cada tribunal e cada juiz não pode criar o direito à sua maneira. Por isso a necessidade de prestigiar a estabilidade e a harmonização. Haverá abuso da liberdade de decidir quando o exercício dessa liberdade comprometer a estabilidade social (ALVIM; DANTAS, 2019).

Não há liberdade (judicial) que possa pôr a decisão de mérito a salvo do controle das partes e de eventual uniformização em relação a outros julgados. A possibilidade de controle da decisão judicial se exerce sobre duas dimensões da sua motivação. A dimensão interna, ligada ao nexos que há entre fato e direito, e a dimensão externa, que consiste na justificação de terem sido escolhidos estes ou aqueles fundamentos e fatos (TARUFFO, 2015; GUASTINI, 2019).

1.2.2 Para cada caso há uma só solução correta?

Detalharemos mais no Capítulo 3 a conclusão de que a interpretação jurídica não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que *constitui* a significação e os sentidos de um texto (GUASTINI, 2019). A questão principal disso tudo está no fato de que o intérprete não atribui o significado correto aos termos legais. Ele tão-só constrói exemplos de uso da linguagem ou versões de significado, já que a linguagem nunca é algo pré-dado, mas algo que se concretiza no uso ou, melhor, como uso (ÁVILA, 2008). Acrescente-se que a constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação (ÁVILA, 2008).

Diante destas premissas, importa para este estudo a constatação de que um mesmo caso pode ser adequadamente resolvido de mais de um modo. Mas, que depois de ter havido a opção final essa forma de resolver o caso ser tida como a única (ALVIM; DANTAS, 2019).

Vê-se que reconhecer-se na decisão judicial a função de precedente – e portanto a capacidade de orientar e mesmo determinar decisões posteriores sobre casos iguais – transforma-a em especial norma jurídica. Neste caso, deve ser considerada a mesma para todos, sob pena de se ver ignorada ou menosprezada a necessidade de isonomia (ALVIM; DANTAS, 2019). E este norte importa à análise da função a ser desempenhada pelos tribunais de cúpula (Capítulo 3) e a inserção da Repercussão Geral no contexto positivo brasileiro.

Como a interpretação é um processo que visa à redução da equivocidade do enunciado e definição da norma que se ultima mediante uma escolha - ainda que lógica e argumentativamente guiada - do intérprete, o seu resultado não pode ser qualificado como exato, correto ou único possível. Dito claramente: antes da decisão definitiva de um tribunal superior, inexistente uma única resposta correta para todo e qualquer problema interpretativo (MITIDIERO, 2014; GUASTINI, 2019). Isso não quer dizer, contudo, que o processo de interpretação do Direito não possa ser racionalmente controlado.

Deve-se esclarecer que, mesmo nas hipóteses em que o judiciário cria o direito, pode-se vislumbrar, ao final do processo judicial interpretativo, que esta é a resposta para aquela questão. E neste caso, se afirmarmos que este caso comporta uma só decisão, não queremos, com isso, significar que essa decisão seria a aplicação automática da lei ou que, *a priori*, já houvesse a definição desta decisão.

Ou seja, não se trata propriamente da única que existia previamente: mas será única a partir de sua criação jurisdicional definitiva tida como a correta para os casos idênticos e subsequentes (ALVIM; DANTAS, 2019).

Robert Alexy (ALEXY, 2000) assevera, com mais tolerância, que para a resolução dos litígios bastam duas teses que dificilmente podem ser postas em dúvida. A primeira diz que em uma controvérsia jurídica as partes, independentemente disto, ou seja, se existe uma resposta unicamente correta, devem reivindicar (e normalmente reivindicam) que sua resposta é a única correta juridicamente. Sem, pelo menos como *ideia regulativa*, pressupor a resposta unicamente correta, as suas afirmações e fundamentações não teriam sentido. A segunda tese tem por conteúdo que a resposta unicamente correta, se ela existisse, seria-o somente sob condições extremamente ideais, não, porém, sob as condições reais de um sistema jurídico e nem seria demonstrável intersubjetivamente de modo coercitivo ou reconhecível (ALEXY, 2000).

O próprio Alexy explica o que seria a *ideia regulativa* (ALEXY, 2000, p. 260):

A ideia regulativa da resposta unicamente correta não pressupõe que em cada caso existe uma resposta unicamente correta. Ela somente pressupõe que em alguns casos podem existir respostas unicamente corretas e que não é sabido em quais casos isso acontece, de modo que vale a pena, em cada caso, tentar a descoberta da resposta unicamente correta.

Interessa destacar que afirmar-se que para certo e determinado caso haverá uma decisão correta é a ideia que está por trás da necessidade de que os precedentes sejam seguidos, principalmente nas hipóteses em que o judiciário tenha exercido função visivelmente criativa. Se a decisão em questão é de um tribunal superior, esta decisão além de dever ser considerada a correta, deve ser seguida pelas instâncias judiciais inferiores ao vértice (ALVIM; DANTAS, 2019).

Neste caso principalmente a decisão não se limita a ser a regra para o caso concreto, mas, vista como precedente, assume também a função de ser o direito a casos futuros. Partir do pressuposto de que mesmo para casos já pacificados pelos tribunais de vértice haveria outras soluções possíveis decorreria o desestímulo para que precedentes devessem ser respeitados ou de que uma linha reiterada da jurisprudência, num mesmo sentido, deva ser seguida (ALVIM; DANTAS, 2019).

Adicione-se que, quanto mais condições houver em certo país, em determinada época, de se criarem divergências jurisprudenciais, mais necessárias serão as técnicas de uniformização. São exemplo dessas condições, no nosso país, segundo Alvim e Dantas (2019, p. 171): “a pluralidade de tribunais, as diferenças culturais profundas entre regiões do país, as nossas dimensões continentais, a legislação repleta de conceitos vagos e cláusulas gerais, e tantas outras causas”. Só a consciência da função paradigmática dos tribunais de vértice e de que a jurisprudência cria normas jurídicas é capaz de tornar evidente a necessidade dessas técnicas.

A uniformidade é, portanto, considerada como um fim que deve tender a ser alcançado em todos os sistemas jurídicos e encontra várias justificativas como: a necessária igualdade de tratamento de todos os cidadãos; a decisão igual em casos semelhantes; a oportunidade de as decisões judiciais serem previsíveis (também na esperança de que isso reduza o número de litígios) e a necessidade de garantir a segurança jurídica através da continuidade das diretrizes interpretativas (TARUFFO, 2007).

Nossos sistemas foram concebidos justamente para gerar segurança para o jurisdicionado, evitando-se surpresas, arbitrariedades. Portanto, o precedente é geralmente considerado como ferramenta fundamental para assegurar a concretização de valores ou princípios considerados essenciais para o ordenamento jurídico e para a sua aplicação

coerente através da jurisprudência, também nos sistemas de *civil law* e não apenas naqueles de *common law* (TARUFFO, 2007).

Pode-se perguntar: qual a razão da diversidade de soluções judiciais dadas a idênticos casos concretos? Seria a existência de normas conflitantes? Ou a natureza mutável da linguagem do direito? Pode ser. Mas, há outras razões. Em países da América-Latina destaca-se a fragilidade de nossas instituições, segundo OTEIZA (2006, p. 154, tradução nossa):

A discussão sobre o papel do juiz e o valor de suas decisões como intérprete de atos normativo pode partir do pressuposto de que dita atividade se desenvolve em um cenário institucional sólido, no interior de uma democracia. Tal suposição leva a se definir certas pautas mínimas, ao menos, daquilo que entendemos por democracia. Apesar da impossibilidade de nos determos no estudo das debilidades estruturais da democracia latino-americana é possível afirmar que esta sofre de agudo processo de debilidade institucional. A fragilidade de nossas instituições cohabita com (e detém a grave responsabilidade de ser em boa medida a causa de) um dos maiores níveis de desigualdade do mundo¹².

No Brasil enfrentamos o problema do excesso de casos (principalmente nos tribunais de vértice) em que há diversidade de interpretações em dado momento histórico. A Repercussão Geral faz parte do esforço de combater este problema, tentando trazer uniformidade e coerência nas decisões, diminuir o estoque no STF e dar funcionalidade ao nosso sistema judicial, com a limitação da admissibilidade à Corte Constitucional aos litígios alinhados a suas funções institucionais e com a conseqüente valorização das decisões dos tribunais intermediários. Dentre outros institutos pensados para lidar com nosso estoque sempre crescente e conflitante de casos destaca-se a reclamação constitucional. O fato de haver reclamação constitucional¹³ no direito brasileiro e tantos outros meios de uniformização,

¹² No original: “La discusión sobre el papel del juez y el valor de sus decisiones como intérprete del dato normativo puede partir del supuesto de que dicha actividad se despliega en un escenario institucional sólido, en el marco de una democracia. Tal supuesto lleva a definir ciertas pautas mínimas, al menos, de aquella que entendemos por democracia. A pesar de la imposibilidad de detenerse en el estudio de las debilidades estructurales de la democracia latinoamericana es posible coincidir que sufre agudo proceso de debilidad institucional. La fragilidad de sus instituciones cohabita con (y tiene la grave responsabilidad de ser en buena medida la causa de) uno de los mayores niveles de desigualdad en el mundo.”

¹³ “Reclamação Constitucional: É o instituto processual pelo qual se busca preservar a competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, assim como garantir a autoridade das decisões emanadas por estes. Visa também proteger a devida aplicação das Súmulas Vinculantes. De acordo o artigo 988 do CPC, a reclamação constitucional tem por objetivo preservar a competência do Tribunal, garantir a autoridade das suas decisões, garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade e garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; admitindo-se, também, contra ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, conforme artigo 103-A, § 3º, da CF e artigo 7º, da Lei nº 11.417/06”. Fonte: Dicionário Jurídico, disponível em: <https://www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1547/Reclamacao-Constitucional>; acesso em: 07/01/2021.

que à primeira vista, pode parecer algo positivo, é, na verdade, sinal de que os fenômenos que esses remédios visam a evitar não ocorrem espontaneamente (ALVIM; DANTAS, 2019). Estes autores ironizam: “Portanto, esses remédios e seu uso constante são algo que se deve lastimar: é como um aeroporto cujo setor mais bonito e organizado seja o de bagagem extraviada.” (ALVIM; DANTAS, 2019, p. 577).

Isto porque a harmonia e a coerência interna reforçam a credibilidade externa do Poder Judiciário. Tais atributos deveriam ser resultado de adesão espontânea aos precedentes, e não fruto de correção e punição. Dantas (2016) constata com certidão o relevo que adquiriu o papel desempenhado pelos tribunais em sistemas de *civil law*, em relação à concretização da estabilidade, integridade e coerência jurisprudencial. Destaca entre os intentos do novo Código de Processo Civil brasileiro – Lei 13.105/2015 (BRASIL, 2015) – o de enfrentar um dos problemas que aflige a sociedade brasileira no âmbito jurídico: a inconsistência jurisprudencial (DANTAS, 2016).

Enfim. Conforme asseverado por Dantas (2016), a legislação brasileira, antes repleta de conceitos herméticos, taxativos – fruto da tradição positivista – se viu, em especial a partir das duas últimas décadas do século XX, recepcionada pelas novas técnicas de elaboração legislativa cujo desenvolvimento acompanhou o novo momento pós-positivista de nossa história: princípios, cláusulas gerais e conceitos vagos, cujo exemplo oportuno é a expressão “Repercussão Geral”. E com este progresso, o papel desenvolvido pelos tribunais adquire relevo antes inimaginável em sistemas de *civil law*, como bem prescrito no art. 926 do CPC/2015: “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

1.3 Conceitos vagos ou indeterminados

Nem sempre convém e às vezes é impossível que a lei ou a Constituição delimite com traço de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica; isto é, que “descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico” (BARBOSA MOREIRA, 1978, p. 609). Recorre o legislador ao expediente de fornecer simples indicações de ordem genérica, dizendo o bastante para tornar claro o que lhe parece essencial e deixando ao “aplicador da norma no momento da subsunção – quer dizer, quando lhe caiba determinar se o fato singular e concreto com que se defronta corresponde ou não ao modelo abstrato - o cuidado de ‘preencher os claros’, de colorir os ‘espaços em branco’”, nas precisas palavras de Barbosa Moreira (1978,

p. 609). A doutrina costuma falar, a propósito, em conceitos juridicamente indeterminados. A indeterminação dos conceitos não é só, pois, um defeito da linguagem, mas uma característica que também tem funções positivas.

Assim procedeu o legislador ao conceber (por exemplo) a Repercussão Geral das questões constitucionais. A importância de nos determos nesta técnica de redação legislativa vem da análise da possibilidade de controle das decisões judiciais pelos tribunais superiores em aplicação de normas que usam conceitos jurídicos indeterminados e a posterior utilização destas decisões como precedentes e modelos de conduta. Haveria uma clara valorização do papel institucional dos tribunais intermediários e dos que lhes sucedem hierarquicamente: os tribunais de vértice. Tanto para qualquer uso de conceito jurídico indeterminado, como para o uso do instituto que é tema deste trabalho: a Repercussão Geral das questões constitucionais.

Cabe desde já alertar (mas voltaremos ao tema com mais vagar) que não coincidimos tal fenômeno com o da discricionariedade, como o faz Guastini (2019). Pelo menos no conceito corrente no direito administrativo brasileiro. Às vezes a lei atribui a quem tenha de aplicá-la o poder de, em face de determinada situação, atuar ou abster-se, ou ainda, no primeiro caso, do poder de escolher dentro de certos limites a providência que adotará, tudo mediante a consideração da oportunidade (o momento em que a atividade vai ser produzida) e da conveniência (em que condições vai conduzir-se o agente administrativo) do aplicador (CARVALHO FILHO, 2005). É o que se denomina poder discricionário. Costuma-se apontar a atividade administrativa como o campo de eleição por excelência de tal poder, segundo Barbosa Moreira (1978). Alvin e Dantas (2019) preceituam que o juiz não exerce poder discricionário quando interpreta e aplica norma que contenha conceito vago ou indeterminado em sua formulação¹⁴.

No âmbito do direito deve-se entender por conceitos indeterminados aqueles cuja realidade a que se referem não aparece bem definida, cujo conteúdo e extensão não estão delimitados precisamente na norma. A indeterminação é comum aos conceitos das mais diversas naturezas (e não somente aos conceitos jurídicos indeterminados). Segundo Costa (1989, p. 37):

Nem sempre se deve considerar a indeterminação dos conceitos como uma imperfeição ou vício da linguagem cotidiana, senão como uma de suas propriedades que permite cumprir a função de expressar e valorar condutas, relações e objetos materiais. Esse é o pensamento de Sainz Moreno, para quem a vaguidade dos termos

¹⁴ Contra, mas sem considerar a legislação brasileira, Guastini (2019).

só constituir-se-á numa imperfeição quando o objetivo seja alcançar resultados exatos – o que não é o mesmo que resultados verdadeiros.”.

A problemática que gira em torno dos conceitos vagos é, originalmente, de natureza linguística. Tem-se, pois, a conclusão inexorável, sob o ângulo linguístico, que certo conceito indeterminado de fato com porte ou possa comportar mais de uma interpretação, todas razoavelmente defensáveis. Mas aqui nos interessa o conceito vago enquanto encartado na linguagem jurídica. Desta forma, a interpretação jurídica de conceitos vagos não se reduz a uma questão somente de semântica. Trata-se, isto sim, de um problema eminentemente jurídico e, por isso, deve se resolvido juridicamente (ALVIM; DANTAS, 2019).

A interpretação dos conceitos jurídicos vagos vem adquirindo cada vez mais importância no mundo contemporâneo, porque o uso desses conceitos consiste numa técnica legislativa afeiçoada à realidade em que hoje vivemos, que se caracteriza justamente pela inconstância, pela imensa velocidade com que acontecem os fatos, com que se transmitem informações, se alteram verdades sociais (ALVIM; DANTAS, 2019).

Conceitos jurídicos indeterminados acabam por implicar que o futuro também possa ser regulado pela norma. Em muitos casos, o conteúdo do conceito está para ser construído e a norma contém balizas para absorver parte da realidade que ainda não existe no presente (ALVIM; DANTAS, 2019).

Definidos seus contornos, fica evidente que a possibilidade de controle do acerto ou do desacerto de decisões judiciais baseadas em conceitos mais vagos é, do ponto de vista de sua factibilidade e por razões predominantemente de natureza técnica, mais difícil. Mesmo assim, pode-se afirmar que qualquer conceito jurídico pode ser aplicado, que ao ser aplicado gera uma solução, que ao ser prolatada deve ser passível de controle.

No âmbito das decisões judiciais a respeito da aplicação de conceitos mais vagos, o controle do acerto ou do desacerto torna-se mais fácil através de seu uso reiterado. Ou seja, o uso de determinado conceito jurídico, durante um espaço de tempo razoavelmente longo, pode fazer com que ele deixe de ser vago ou, pelo menos, diminua o grau de sua indeterminação (ALVIM; DANTAS, 2019). Opera-se o preenchimento do conceito vago, na expressão de Karl Engish. Não se trata de uma valoração eminentemente pessoal do órgão aplicador do direito. A lei pode ser da opinião, por exemplo, de que há concepções morais dominantes pelas quais o juiz deve orientar-se. Ou que há juízos de valor de setores da sociedade em mudança que devem também ter influência no convencimento judicial (ENGISH, 1996).

“Bem de família” é exemplo de termo que adquiriu ao longo dos anos diferentes conotações que se seguiram à edição de Lei nº 8.009/1990 (BRASIL, 1990), a qual deu salvaguarda deste bem da possibilidade de penhora. Isto muito em consequência do que a sociedade, e em consequência o judiciário, entendeu como família, que migrou da estrutura nos moldes discriminatórios e hierárquicos da família patriarcal para uma sociedade conjugal mais democratizada e de chefia colegiada (ALVIM; DANTAS, 2019).

Outro exemplo de conceito jurídico vago (e, por isso, passível de amadurecimento ou mutação) é o termo “Arguição de Relevância”, integrante do requisito de admissibilidade do recurso extraordinário (RE) que perdurou até o advir da Constituição de 1988. Neste caso, como veremos em item próprio, havia de se considerar não só os contornos legais, mas também os vetores políticos contemporâneos que conduziam àquele instituto. Depois destas ressalvas, que caracterizavam a arguição de relevância como um ato mais político do que jurisdicional, José Manoel de Arruda Alvim Neto (1988) descreve o “amadurecimento” do instituto a partir do crescimento de um quadro de enunciados.

No âmbito do Direito Público, em especial no Direito Administrativo, tais conceitos dão lugar a problemas peculiares, distintos dos que se originam em outros ramos do ordenamento jurídico. Isto porque não se trata apenas de resolver certos problemas de interpretação e aplicação, mas também de estabelecer as razões pelas quais o poder judicial pode (ou não) revisar as decisões que, em determinada matéria, tomou a Administração Pública (COSTA, 1989).

Interpretar um conceito vago é pressuposto lógico da aplicação de uma norma (em sentido lato) que contenha um conceito dessa natureza em sua formulação. Não se deve, como já dito, confundir a margem de liberdade concedida ao aplicador da lei para fixar conceitos juridicamente indeterminados com a discricionariedade administrativa. O que estes fenômenos tem em comum é o fato de que em ambos é particularmente importante o papel confiado à prudência do aplicador da norma, a quem não se impõe padrões rígidos de atuação (BARBOSA MOREIRA, 1978).

Há, no entanto uma diferença fundamental, segundo o mestre, considerando-se dois elementos essenciais da estrutura da norma: o fato e o efeito jurídico atribuído à sua concreta ocorrência. Os conceitos indeterminados integram a descrição do fato, ao passo que a discricionariedade se situa toda no campo dos efeitos. Para Barbosa Moreira (1978), no tratamento dos conceitos juridicamente indeterminados, a liberdade do aplicador da lei se exaure na fixação da premissa: uma vez estabelecida, *in concreto*, a coincidência entre o

acontecimento real e o modelo normativo, a solução estará, por assim dizer, predeterminada. Sucede o inverso quando a própria escolha da consequência é que fica entregue à decisão do aplicador (atos administrativos discricionários).

No mesmo sentido professa Carvalho Filho (2005), para quem conceitos jurídicos indeterminados são termos ou expressões contidos em normas jurídicas, que, “por não terem exatidão em seu sentido, permitem que o intérprete ou o aplicador possam atribuir certo significado, mutável em função da valoração que se proceda diante dos pressupostos da norma”. Em termos mais precisos (CARVALHO FILHO, 2005, p. 41):

Mas, enquanto o conceito jurídico indeterminado situa-se no plano de previsão da norma (antecedente), porque a lei já estabelece os efeitos que devem emanar do fato correspondente ao pressuposto nela contido, a discricionariedade aloja-se na estatuição da norma (conseqüente), visto que o legislador deixa ao órgão administrativo o poder de ele mesmo configurar esses efeitos. Nesta, portanto, o processo de escolha tem maior amplitude do que o ocorrente naquele.

Mesmo ressaltando que há aqueles que entendem que não há processo de escolha nos conceitos jurídicos indeterminados, Carvalho Filho professa que não parece verdadeiro este entendimento, porque, por mais que o intérprete se esforce em delimitar a área de aplicação de tais conceitos, sempre restará uma zona de incerteza que lhes é inerente pela própria razão de ser indeterminado o conceito legal (CARVALHO FILHO, 2005).

Hodiernamente, conforme aduzem Alvim e Dantas (2019), aplicar uma regra jurídica envolve, a princípio, pelo menos três passos: a busca da significação da norma (que envolve necessariamente a concepção de exemplos em abstrato), a análise do fato concreto e a verificação, o “ajuste final”, do encaixe (ou do não encaixe do fato na norma). Assim, quando se quer chegar à interpretação de um termo jurídico se fazem duas perguntas. Uma é relativa à própria significação do termo; a outra é ligada ao próprio objeto, e consiste em se indagar se aquele determinado objeto pode ser designado por aquele termo. Mas, quanto menos precisos são os parâmetros indicadores de qual deva ser a decisão para aquele caso concreto, menos visível se torna o processo de subsunção (ALVIM; DANTAS, 2019).

Mesmo quando haja dúvida na interpretação do termo, embora seja um problema sobre o significado dos conceitos (consistente em resolver se isto pode chamar-se assim), a questão não se reduz a um problema semântico. É um problema jurídico e, como tal, deve ser focado e resolvido (ALVIM; DANTAS, 2019). Uma das consequências de se fixar que se trata de um problema jurídico é a de que o problema tem de ser resolvido juridicamente, ou seja, o resultado não pode ser a declaração de que se está diante de uma questão duvidosa. O

judiciário deve ser capaz de ser taxativo. Ou se dá ou não se dá o conceito indeterminado; ou há boa fé ou não há; ou o preço é justo ou não é (COSTA, 1989); ou há Repercussão Geral ou não há. Entendo, com os autores citados, que o direito deve tender a fornecer ao jurisdicionado, na interpretação de um conceito vago, diante de um caso concreto, uma resposta, mesmo que, em tese, possa haver mais de uma.

1.4 Existe discricionariedade judicial?

Os filtros de acesso às Cortes Supremas na Argentina e nos Estados Unidos a recursos semelhantes ao nosso recurso extraordinário têm estrutura que permite comparar as decisões que os julgam a atos administrativos discricionários. Na Argentina o art. 280 do *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación* (CPCN)¹⁵, que positiva o filtro argentino, chega a prever que a Suprema Corte pode rechaçar o recurso extraordinário segundo sua “sã discricionariedade”. No direito norte americano a liberdade dada à suprema corte americana é evidenciada por fatores como a influência da Corte Suprema nos rumos de sua própria competência (TOCQUEVILLE, 1977¹⁶), a falta de regulamentação da admissibilidade do equivalente ao “recurso extraordinário” americano (*o writ of certiorari*, que inspirou o recurso extraordinário) e a falta de publicidade da reunião que decide a admissão. Rodrigues (1991) aduz que a cláusula do *due process of law* é aquilo que a Suprema Corte diz que ela (cláusula) é.

E quanto à Repercussão Geral no Brasil, há discricionariedade? Para respondermos a esta pergunta devemos começar analisando se pensamos ser possível haver discricionariedade judicial no Brasil. Pelo menos no que se refere ao STF, Amaral Júnior (2019) defende o exercício de poder discricionário na escolha de temas como Repercussão Geral para admissão do recurso extraordinário, segundo a conveniência e oportunidade de seus membros (AMARAL JÚNIOR, 2019, pag. 421):

¹⁵ “Art. 280. Quando o Supremo Tribunal conhecer um recurso extraordinário, o recebimento do caso implicará o chamamento dos autos. O Tribunal, de acordo com sua sã discricionariedade, e com a única invocação desta norma, pode indeferir o recurso extraordinário, por falta de agravo federal ou quando as questões suscitadas forem insubstanciais ou carentes de transcendência.” (tradução nossa). No original: “Art. 280. Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravo federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de transcendencia”. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm>. Acesso em: 15/01/2021.

¹⁶ Os governos, em geral, possuem apenas dois meios para vencer as resistências que lhes opõem os governados: a força material que encontram em si mesmos; a força moral que lhes dão as decisões dos tribunais. Um governo que não tivesse outro meio que a guerra para fazer cumprir suas leis estaria bem próximo da ruína (TOCQUEVILLE, 1977, p. 406).

Assim, convém uma cogitação que seja estratégica e cirúrgica: talvez seja o caso de dotar o STF de juízo amplo e discricionário de oportunidade e conveniência acerca de quais processos julgará (claro, isso sem prejuízo de alguns poucos processos de julgamento obrigatório, como ações diretas e ações penais), aliás, como se dá na Suprema Corte americana e nos Tribunais Constitucionais europeus. Com efeito, o STF já tem, para o recurso extraordinário, a repercussão geral, ainda que invertida: apenas quatro votos garantem que o recurso suba.

Não pensamos assim. No Brasil, o conceito de discricionariedade, historicamente, teve menor estudo e análise na esfera judicial do que na administrativa. Isso se deve porque a discricionariedade é tratada como instituto e conceito teórico pertencente à doutrina administrativista (ABBOUD, 2014). Para Mello (2012) a discricionariedade seria a margem de liberdade que remanesça ao administrador (MELLO, 2012, p. 48):

para eleger, segundos critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.

O mesmo autor, em outra obra, assevera que, tratando-se de jurisdição, o título jurídico para decidir é o de dizer o direito. O que o magistrado faz ao conceder uma liminar, ao prolatar uma sentença ou ao emitir qualquer decisão judicial “é firmar que, contrastada a norma com os fatos que lhe estão submetidos, o direito impõe tal solução, a qual por ele é expresso na qualidade de oráculo do direito no caso concreto” (MELLO, 2019, p. 02).

Quando um administrador usa de discricção está tomando uma decisão que, ante o direito vigente, pode ser de tal modo, tanto como poderia ser de outro modo. A decisão (já) tomada exprime que alguém faz *jus* a uma dada providência; que é direito de alguém; que é devido ao postulante o que pediu, ou, reversamente, que não é devido. Jamais resultaria de uma decisão jurisdicional a afirmação de que tal direito "pode ser reconhecido" tanto quanto "poderia não sê-lo". Seria um absurdo o Judiciário dizer, em um dado caso concreto e perante a norma aplicável, que alguém tem ou então não tem dado direito. Que são alternativas igualmente sufragadas pelo direito. Portanto, o órgão jurisdicional, ao decidir, afirma que a solução dada é a cabível, com exclusão de qualquer outra.

O próprio do Estado de Direito é encontrar-se, em qualquer de suas feições, assujeitado aos parâmetros da legalidade. Inicialmente submetido aos termos constitucionais, em seguida, aos próprios termos propostos pelas leis, e, por último, adstrito à consonância com os atos normativos administrativos.

Quando na execução dos atos normativos administrativos discricionários, havendo litígio sobre a correta subsunção do caso concreto a um suposto legal descrito caberá ao Judiciário conferir se a Administração, ao aplicar a regra, se manteve no campo significativo de sua aplicação ou se o desconheceu. Verificado, entretanto, que a Administração se firmou em sua inteligência perfeitamente cabível, ou seja, comportada pela prescrição ante o caso concreto – ainda que outra também pudesse sê-lo, desassistirá ao Judiciário assumir esta outra, substituindo o juízo administrativo pelo seu próprio. É que aí haveria um contraste de inteligências, igualmente possíveis. Ora, se a inteligência administrativa não contrariava o direito, faleceria título jurídico ao órgão controlador da legitimidade para rever o ato ou decisão administrativa (MELLO, 2012b)¹⁷.

No mesmo sentido assevera Carvalho Filho (2005). Para este mestre, não pode o juiz entrar no terreno que a lei reservou aos agentes da Administração, perquirindo os critérios de conveniência oportunidade que lhe inspiraram a conduta. A razão é simples: se o juiz se atém ao exame da legalidade dos atos, não poderá questionar critérios que a própria lei defere ao administrador. O exemplo também é de Carvalho Filho (2005, p. 40):

Conclui-se, desse modo, que o controle judicial alcançará todos os aspectos de legalidade dos atos administrativos, não podendo, todavia, estender-se à valoração da conduta que a lei conferiu ao administrador. Um exemplo mostra bem a hipótese: em virtude de o Município do Rio de Janeiro ter alterado paradas e itinerários de certas linhas de ônibus, foi proposta ação contra tal fato, e o STJ, apreciando a matéria, decidiu tratar-se de ato discricionário, que sob o aspecto formal não apresenta nenhum defeito, não podendo o Judiciário adentrar em suas razões de conveniência. Corretamente, portanto, a Egrégia Corte considerou inviável que razões meramente administrativas fossem objeto de apreciação pelo Judiciário.

Já quanto à decisão judicial, no instante em que é proferida, propõe-se a ser a única decisão "certa". Se for reformada, a pronúncia do órgão de alçada superior é que se qualificará como "certa", e "errada" a anterior, ainda que do ponto de vista lógico e ontológico inexista qualquer garantia de que a segunda decisão é que esteja com a "verdade substancial". O de que se está a falar é da "verdade jurídica", técnica-processualmente, não da verdade absoluta, que esta é inaferrível. Juridicamente, a "verdade do direito em concreto", a "verdade legal aplicada", será a que conste da decisão que transitar em julgado. O mesmo fenômeno se passa quando um Tribunal muda de orientação no caracterizar o campo significativo de dada norma e, conseqüentemente, das soluções cabíveis quando esteja em causa. A "verdade legal" expressada pelo Judiciário o é perante o caso. Por isso pode variar, como varia ao longo do

¹⁷ Há quem defenda, inclusive, que nos atos administrativos discricionários, a motivação é dispensável (CRETELA JÚNIOR, 2001).

tempo, em sua relação com uma verdade ideal, absoluta, constante, cuja descoberta jamais se saberá se foi feita ou em que decisão o foi (MELLO, 2012b).

1.5 Há discricionariedade na decisão sobre a Repercussão Geral ?

Conforme já fundamentado, é necessário diferenciar e afastar definitivamente a liberdade de que goza o magistrado no ato de decidir a respeito de conceito indeterminado da liberdade com a que pode contar o agente da Administração Pública em seu atuar em atos discricionários. Trata-se de dois fenômenos diferentes: A liberdade do juiz em decidir é menor daquela que existe quando se exerce o poder que se convencionou chamar de discricionariedade na esfera da Administração Pública.

Essa operação judiciária, portanto, está longe de envolver poder realmente discricionário. Em direito público, poder discricionário só se verifica quando o agente tem, de fato, a plena opção entre praticar ou não praticar determinado ato ou serviço, segundo um juízo próprio de conveniência e oportunidade¹⁸. É, pois, legítima a escolha entre duas condutas, segundo o juízo exclusivo do próprio agente do poder, de sorte que qualquer delas será uma deliberação válida (OLIVEIRA, 2013).

Por outro lado, diferentemente, mesmo que a regra legislada utilize termos vagos ou conceitos indeterminados, há parâmetros e valores que se impõem ao julgador de maneira cogente. O que se lhe exige é uma obra de interpretação que procure traduzir o sentido da vontade do direito diante das particularidades do caso concreto.

A EC 45/2004, ao inserir a Repercussão Geral como novo requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários, não concedeu poder discricionário aos membros do STF; tampouco arbitrário, mas sim teve o fito de garantir a eficácia (art. 37 da CF/88) da Corte Constitucional e lhe dar a importância constitucional que merece. A Repercussão Geral é um verdadeiro imperativo para que o STF tenha tempo suficiente para examinar as grandes questões constitucionais com profundidade e com a velocidade ideal (OLIVEIRA, 2013).

Rigorosamente, por mais vaga que possa ser a exigência do requisito da Repercussão Geral no juízo de admissibilidade do recurso extraordinário, não estará o STF livre para rejeitar arbitrariamente um recurso sob a lacônica e imotivada alegação de ausência de tal requisito. Sempre terá de proceder ao esforço dialético de demonstrar, analiticamente, como chegou ao juízo determinante da falta de Repercussão Geral (OLIVEIRA, 2013).

¹⁸ “Algumas teorias foram elaboradas para fixar limites ao exercício do poder discricionário, como a do desvio de poder, a dos motivos determinantes e a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados.”(NOHARA, 2004, p. 4).

Conforme Gomes júnior (2006) a decisão do STF não é discricionária, pois ao tribunal não é dado invocar motivos respaldados em uma conveniência, oportunidade ou justiça. “Assim, devem ser apontadas, de forma clara e precisa, as razões pelas quais a alegação de que a causa/questão é relevante, possui repercussão, foi acolhida ou rejeitada” (GOMES JUNIOR, 2006).

Afinal, decidir com base em norma que contenha conceito vago é atividade interpretativa, que não tem relação com poder discricionário. Os critérios utilizados para o exame da presença de Repercussão Geral não poderão ser discricionários, até porque o STF deverá fundamentar a decisão e prolatá-la em julgamento público, conforme inciso IX do art. 97 da CF: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões.” (BRASIL, 1988).

Na averiguação da existência de Repercussão Geral da questão constitucional pelo STF não há atividade (administrativa) discricionária, mas sim preenchimento de conceito vago por meio de atividade interpretativa perpetrada pelo tribunal de vértice do direito constitucional brasileiro, que dará a palavra final sobre o julgamento (ARRUDA ALVIM, 2006).

1.6 Conclusão

Em conclusão parcial, podemos destacar que não há discricionariedade nas decisões judiciais, mas há, em certa medida, escolha, em múltiplas e variadas ocasiões. A busca da eficácia do processo impõe o respeito ao decidido pelo tribunal de vértice e o prestígio do decidido nas instâncias intermediárias. É neste contexto que deve ser concebido o processo e as funções dos tribunais de vértice, dentre as quais não deve ser incluída a de revisar todo e qualquer litígio já resolvido em sede recursal e que deve-se ter que a Repercussão Geral tem como uma razão de ser ajudar o STF a configurar-se não como uma corte de justiça, mas como uma corte de precedentes.

2 FILTROS DE ACESSO AOS TRIBUNAIS DE CÚPULA NO DIREITO COMPARADO

O congestionamento das cortes constitucionais e a necessidade de imposição de um filtro de acesso (como a Repercussão Geral) são peculiaridades brasileiras? Caso não sejam, qual o tratamento legislativo ou jurisprudencial que é dado pelos sistemas constitucionais de outros países em que se constate o problema do congestionamento das cortes de vértice pelas demandas de controle de constitucionalidade difuso, ou mesmo por outras demandas jurisdicionais? Pretendemos mostrar nesta seção que há uma tendência em limitar a matéria e o número de processos em que se discute a constitucionalidade de leis e questões, nas supremas cortes (DANTAS, 2012; MITIDIERO, 2013; OLIVEIRA, 2013), tendência que se verifica também no ordenamento jurídico nacional.

A identificação e análise de filtros de acesso às cortes supremas no direito comparado tem como objetivo trazer subsídios para a análise do novel dispositivo similar brasileiro, a Repercussão Geral.

Iniciaremos pelos países que compõe o Mercosul¹⁹. Tal escolha inicial dá-se pelas seguintes razões: a) facilidade e necessidade de dialogar com tradições legais de países vizinhos e de culturas, condições sociais e econômicas próximas; b) semelhanças dos sistemas judiciais quanto à origem, pois são regimes originalmente de *civil law*, pelos quais os órgãos judiciários são pressupostos como intérpretes e aplicadores da lei²⁰; c) monopólio da jurisdição às autoridades judiciais (BENITEZ, 2003). Estenderemos a análise a não vizinhos nos quais identificamos soluções semelhantes ao filtro brasileiro: Estados Unidos, Itália e Alemanha. Por fim analisaremos brevemente a Repercussão Geral, suas semelhanças e diferenças com os institutos estrangeiros.

Apesar da diversidade de sistemas constitucionais existentes e da própria mutação que um sistema de controle de constitucionalidade nacional apresenta ao longo da história de um país, uma regra será utilizada para preferir o estudo de um sistema constitucional: procuraremos não nos deter em sistemas de controle de constitucionalidade que se apresentam como predominantemente concentrados. Sistemas concentrados, cujo arquétipo histórico é a Áustria, apresentam como características: a) a restrição do exercício do controle de

¹⁹ Incluiremos os quatro sócios iniciais que firmaram o Tratado de Assunção em 26 de março de 1991 (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai) e a Bolívia (país candidato) (BENITEZ, 2003).

²⁰ Em sede doutrinária não faltam os que defendem que estamos muito mais identificados com o modelo da Europa Continental, ligado ao sistema romano-canônico, cujos vínculos “se manifestam, de um lado, nas fontes formais do direito, onde a lei foi e continua sendo a fonte do direito por excelência (daí a doutrina da superioridade do legislador)” (ROCHA, 1995).

constitucionalidade a uma Corte Constitucional especial; b) as matérias constitucionais devem ser apresentadas diretamente e exclusivamente ao Tribunal Constitucional em abstrato, em procedimentos que não se originaram de lides concretas e ordinárias; c) os legitimados a instaurar ações diretas de inconstitucionalidade são geralmente um seletivo grupo de agentes governamentais ou entidades (ROSENN, 2004). Este é o caso de sistemas de controle de constitucionalidade de vizinhos como Paraguai e Uruguai (ALCALÁ, 2002; BENITEZ, 2003). A razão de tal preferência deve-se à natureza do nosso fim, que é trazer subsídios à fundamentação e avaliação da nossa Repercussão Geral, que compõe a admissibilidade de nosso sistema de controle de constitucionalidade difuso.

Mesmo adotando sistemas concentrados de controle de constitucionalidade, a Alemanha e Itália são exceções a esta regra. Adiantamos as razões de tais exceções: 1) mesmo com sistemas de controle constitucional concentrado, estes países desenvolveram sistemas paralelos de acesso dos litigantes às suas Cortes Superiores, com seus respectivos filtros, como veremos adiante; 2) estes sistemas constitucionais provêm de um sistema legal da *civil law*, o mesmo do Brasil. Desta forma manteremos estudos de filtros constitucionais de países de cultura jurídica da *common law* e *civil law* e de sistemas concentrado e difuso.

A profusão de decisões acerca da constitucionalidade em nosso sistema difuso, muitas vezes díspares e contraditórias, provenientes dos muitos órgãos jurisdicionais, demanda a necessidade de esgotamento dos recursos e provoca uma infinidade de casos a serem submetidos ao Supremo Tribunal Federal. Tal realidade acabou por sobrecarregar nossa suprema corte, tornando moroso o sistema de controle de constitucionalidade difuso e comprometendo sua eficácia. Em reação a essa conjuntura, recentes inovações como a súmula vinculante, a Repercussão Geral e institutos que buscam a efetividade e funcionalidade das decisões da Suprema Corte (como o tratamento dos recursos extraordinários repetitivos), demonstram um esforço de reformulação do nosso sistema de controle de constitucionalidade difuso, dando-lhe características encontradas em sistemas de controle de constitucionalidade concentrado, visando maior segurança jurídica e fortalecimento institucional. Razão pela qual não devemos descartar os ensinamentos que podem vir de um sistema eminentemente concentrado, como o da Itália e o da Alemanha.

2.1 Filtros de acesso aos tribunais de cúpula

É cediço que a implantação de sistema de filtragem para diminuir a quantidade de matérias e recursos e, com isso, a carga de trabalho das Cortes Superiores, e direcionar seus

esforços em suas funções paradigmática, uniformizadora e nomofilática, é bastante difundida no cenário mundial (DINAMARCO, 1990; DANTAS, 2012; MITIDIERO, 2013; OLIVEIRA, 2013).

Em relação ao Brasil, cumpre destacar a EC nº 45/2004 (BRASIL, 2004) que estabeleceu no art. 102, § 3º, da CF o requisito da “repercussão geral das questões constitucionais” para o cabimento do recurso extraordinário perante o STF, regulamentado pela Lei nº 11.418, de 19/12/2006 (BRASIL, 2006), que acrescentou os arts. 543-A e 543-B ao CPC/1973 (agora art. 1.035 do CPC/2015). Sobre esse tema bastante debatido é forçoso reconhecer que se, de um lado, o filtro às Cortes Supremas parece ser uma medida fundamental na busca de uma redução do volume dos recursos e de um processo mais célere, permitindo transformar esses órgãos em verdadeiras cortes de precedentes, de outro lado, a restrição ao direito da parte vencida de obter um controle a mais sobre a decisão proferida em apelação ou em único grau pode significar a redução da possibilidade de assegurar a justiça do caso concreto. Em outras palavras, há quem defenda que em cada sistema jurídico os mecanismos de filtragem aos recursos são um “significativo passo no sentido do esvaziamento da proteção ao *ius litigatoris* e o prestígio da tutela ao *ius constitutionis*”. (DANTAS, 2012, p. 42).

Por esses motivos podemos indagar: é possível restringir o acesso às Cortes Supremas, com o fim de erigi-las em verdadeiras cortes dos precedentes? Os recursos às Supremas Cortes em demandas subjetivas são imprescindíveis ao “devido processo legal” e devem, portanto, sempre ser assegurados à parte sucumbente?

2.1.1 Filtro de acesso na Argentina

De 1887 a 1994 a Suprema Corte argentina, sem expressa previsão constitucional, desenvolveu um sistema desconcentrado (difuso) de controle de constitucionalidade judicial no qual todos os níveis do Judiciário federal e estaduais (inicialmente e rotineiramente) determinavam a constitucionalidade das legislações federal e provinciais (DANTAS, 2009). A Reforma Constitucional argentina de 1994, porém, explicitamente autorizou este controle judicial difuso de constitucionalidade. José Afonso da Silva (SILVA, 2009) assevera que o sistema exclusivamente difuso só vigora em dois países: nos Estados Unidos da América do Norte e na Argentina.

Como nos Estados Unidos, e com base em seu desenho institucional²¹, a Argentina é um sistema federal com um sistema desconcentrado de controle judicial. E como nos Estados Unidos, o último árbitro do significado das leis e Constituições, provinciais e nacional, é sua Suprema Corte, operando sob um relativo sistema de *stare decisis*²², apesar de ser um país de sistema de *civil law* (ROSENN, 2004). Neste sentido aponta Nestor Sagues: “A iniciativa em questão, cabe ressaltar, seguiu especialmente no que se refere ao atual recurso extraordinário, as diretrizes básicas da legislação federal dos Estados Unidos”²³ (SAGUES, 2002, p. 202, tradução nossa).

A preocupação com a sobrecarga dos mais altos órgãos de justiça, tanto na Argentina como no direito comparado, segundo Giannini (2015) não é nova. E o motivo mais óbvio, segundo o autor, para esse problema corresponde à posição mesma desses tribunais na estrutura jurisdicional. Por estar institucionalmente localizado no topo do sistema de justiça, e se não houvesse barreiras para a competência revisional, os Supremos Tribunais estariam sujeitos a uma missão juridicamente impossível, inaceitável e teleologicamente inútil. Por este motivo, historicamente limites de todos os tipos foram projetados para tentar evitar a super-exposição dos tribunais superiores a uma carga de trabalho insuportável. Nos termos de Giannini (2015, p. 02, tradução nossa):

Levando deliberadamente o exemplo ao limite do absurdo, se a competência dos tribunais superiores não encontrasse limites adequados na legislação (*lato sensu*), esses órgãos poderiam estar em condições de rever todas e cada uma das ordens, resoluções e sentenças da totalidade dos tribunais inferiores, por qualquer injustiça alegada pelas partes como agravo em qualquer processo perante a respectiva jurisdição.²⁴

Foi neste contexto que um filtro recursal semelhante ao requisito da Repercussão Geral foi inserido na legislação da Argentina em 1990. O que no Brasil é a Repercussão Geral os argentinos denominam, principalmente, ‘*transcendência da matéria*’. A apreciação do

²¹ A dedicação ao modelo americano é tão evidente que durante o último século a Suprema Corte argentina considerou decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos como precedentes vinculantes que tinham de ser seguidos até mesmo se estivessem em conflito com as decisões dos próprios tribunais argentinos (ROSENN, 2004).

²² *Stare decisis*, decorrente do latim “*stare decisis et non quieta movere*” (respeitar as coisas decididas e não mexer no que está estabelecido), utilizada no direito para se referir à doutrina segundo a qual as decisões de um órgão judicial criam precedente (jurisprudência) e vinculam futuras decisões (ROSENN, 2004).

²³ No original: “La iniciativa en cuestión, conviene subrayarlo, siguió especialmente em cuanto al actual recurso extraordinário, los lineamentos básicos del derecho federal norteamericano.”

²⁴ No original: “Llevando deliberadamente el ejemplo al límite del absurdo, si la competencia de los superiores tribunales no encontrara en la legislación (*lato sensu*) límites adecuados, dichos órganos podrían quedar en posición de revisar todas y cada una de las providencias, resoluciones y sentencias de la totalidad de los tribunales inferiores, por cualquier injusticia alegada por las partes como agravo en cualquier caso tramitado ante la jurisdicción respectiva.”

recurso extraordinário (semelhante ao nosso recurso extraordinário, antes da CF/1988), na Argentina, somente se justifica quando a questão levada à Suprema Corte Argentina expressar o que se designou na jurisprudência como “*gravedad institucional*”, ou, nos termos da lei, na hipótese de a questão mostrar-se transcendente em relação à hipótese concreta (RISSO et al, 2009).

Segundo o art. 280 do CPC argentino, reformado pela Lei 23.774/1990: “A Corte, de acordo com sua *saudável* discricção e com a única invocação desta norma, poderá rechaçar o recurso extraordinário, por falta de *lesão federal suficiente* ou quando as questões discutidas carecerem de *substancialidade* ou de *transcendência*”²⁵ (Destques nossos). Segundo Gianinni (2016), a reforma processual atribuiu à Suprema Corte um instrumento de “feições discricionárias” para atender o controle constitucional, dando-lhe a chave para abrir ou fechar sua jurisdição extraordinária sem efetiva motivação. Nos termos do doutrinador argentino (GIANNINI, 2015, p. 7, tradução nossa)²⁶:

Seguindo a terminologia tradicional dos autores que distinguem entre a tarefa de interpretar conceitos jurídicos indeterminados e o exercício do poder discricionário, entendemos que o art. 280 do CPCCN inclui os dois tipos de atividade como atribuição da Corte superior. Ou seja, em parte se reconhece um poder discricionário de seleção próprio (decidir quais casos decidir segundo critérios de avaliação primários autoproclamados) e, em outra, impõe uma função hermenêutica típica, que consiste em encontrar o sentido correto para uma expressão de textura aberta (fundamentalmente, a noção de "transcendência").

Nestor Sagues, considerando os princípios constitucionais argentinos, interpreta que o termo “*discrecionalidad sana*” parece referir-se a um “*arbitrio legítimo*”, não arbitrário, nem inequitativo, nem discriminatório ou irrazoável. Nos termos deste autor (SAGUES, 2002, p. 440, tradução nossa):

A *saudável* discricção parece referir-se a uma arbitragem legítima, sensata, aproximadamente igualitária e, é claro, não arbitrária, nem injusta, nem discriminatória e irracional. Em suma, a discricção *saudável* é imposta pela Lei 223.774 e seria compatível com a Constituição. Mas a discricção não *saudável* seria

²⁵ Art. 280. - LLlamamiento de autos. Rechazo del recurso extraordinario. Memoriales en el recurso ordinario. Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16547/texact.htm#5>. Acesso em: 11/08/2021.

²⁶ No original: “Siguiendo la terminología tradicional de los autores que distinguen entre la tarea de interpretación de conceptos jurídicos indeterminados y el ejercicio de poderes discrecionales, entendemos que el art. 280 del CPCCN comprende ambos tipos de actividad como atribución del Alto Cuerpo. Es decir que en parte se le reconoce una potestad de selección discrecional propiamente dicha (decidir qué casos decidir según criterios de valoración primarios autoproclamados) y, en otra, le impone una típica función hermenéutica, consistente en encontrar el sentido justo a una expresión de textura abierta (fundamentalmente, la noción de "transcendencia").”

primeiro ilegal (por violar o art. 280 do Código Civil e Com. De la Nación), e também inconstitucional (por violar o devido processo legal e igualdade).²⁷

O conceito de *lesão federal suficiente* consiste em existir negativa de vigência de direito federal e deve ser grave a ponto de pôr em risco a integridade do ordenamento jurídico, devendo a violação ao direito federal ser analisada pela Corte Suprema. A Suprema Corte Argentina caracteriza a questão federal "insubstancial" como assuntos sem fundamento; suficientemente tratado e esclarecido na jurisprudencia; trivial, por não provocar sérias controvérsias (GIANINNI, 2016). Ou seja, questões insubstanciais são aquelas que vão de encontro a linhas jurisprudenciais consolidadas sem a utilização de argumentos suficientemente sólidos para ensejar uma mudança de entendimento (DANTAS, 2009).

Já a *transcendência* das questões define-se no conceito de gravidade institucional, que consiste em que as questões ultrapassem o interesse individual das partes e afetem de modo direto o interesse da comunidade (DANTAS, 2009).

Nesse sentido, especifica Giannini (2015) que esta forma de discricionariedade ("saudável") não permite ao Tribunal "fazer o que quiser", mas sim definir a sua própria agenda com base em critérios razoáveis, mas pré-definidos. Em outras palavras, a norma omite qualquer parametrização legal, autorizando a Corte a determinar quais diretrizes usará para proceder à seleção das causas (GIANINNI, 2016).

2.1.2 Filtro de acesso na Bolívia

Em boa parte de sua história constitucional (1861-1994) a Bolívia adotou o modelo norte-americano, ou seja, o sistema jurisdicional difuso de controle da constitucionalidade por meio do Supremo Tribunal de Justiça, conforme doutrina do constitucionalista boliviano Alan E. Vargas Lima (LIMA, 2018). Mas, este modelo de controle difuso da constitucionalidade era considerado ineficiente internamente devido a vários motivos, entre os quais a concentração extrema de funções no Supremo Tribunal de Justiça, como: função jurisdicional ordinária e contenciosa, jurisdição constitucional, de trabalho administrativo e disciplinar, o que causou atraso e desorganização na geração de justiça e no controle da constitucionalidade das normas (LIMA, 2018). A solução encontrada não passou pela instituição de um filtro de acesso, mas sim pela reforma completa do sistema

²⁷ No original: "La discrecionalidad sana parece referirse a un arbitrio legitimo, sensato, aproximadamente igualitario, y desde luego, no arbitrario, ni inequitativo, ni discriminatorio e irrazonable. Em uma palavra, la discrecionalidad sana es impuesta por la ley 223.774, y resultaria compatible con la Constitucion. Pero la discrecionalidad no sana resultaria primero ilegal (por vulnerar el art. 280 de Cod. Proc. Civil y Com. de la Nacion), e además inconstitucional (por atentar contra el debido proceso y la igualdad)."

jurídico recursal, acompanhada pela implementação de um sistema de controle de constitucionalidade predominantemente concentrado, conforme arts. 196 e 410 da CPE – Constituição Política do Estado (BOLÍVIA, 2009), com resquícios do controle difuso, conforme a previsão de remédios constitucionais, como são exemplo a Ação de Liberdade, art. 127 da CPE, e Ação de Proteção à Privacidade, art. 130 da CPE (VENEGAS, 2013).

Uma breve revisão das reformas e modificações do sistema constitucional boliviano, no que se refere ao sistema de controle da constitucionalidade, permite afirmar que o Estado boliviano em seu desenvolvimento histórico-legislativo adotou os diferentes modelos conhecidos na doutrina do direito processual constitucional (LIMA, 2018).

Assim, no início de sua vida republicana (1826-1861), sob a influência do liberalismo francês, o país estabeleceu um modelo político de controle da constitucionalidade por meio de um Conselho de Estado. Em uma segunda etapa (1861-1994), adotou o modelo americano, ou seja, o sistema jurisdicional difuso de controle da constitucionalidade por meio do Supremo Tribunal de Justiça. Na terceira etapa (1994–2009), adotou o modelo europeu, ou seja, o sistema jurisdicional concentrado de controle da constitucionalidade com a atribuição exclusiva de controle a um órgão especializado do modelo europeu, denominado Tribunal Constitucional. E, finalmente, na quarta etapa (a partir de 2009), instituiu constitucionalmente um sistema de controle predominantemente concentrado e plural²⁸, de acordo com o entendimento desenvolvido pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP), com base no desenho institucional estabelecido pela Constituição aprovada em 2009 (LIMA, 2018).

Nesse sentido, por meio da reforma constitucional realizada em 1994, aproximadamente 35 (trinta e cinco) artigos da Constituição boliviana foram modificados. Entre as modificações introduzidas cabe aqui destacar duas:

a) Inserção de povos indígenas e comunidades indígenas na estrutura social do Estado, para o qual a estrutura social foi definida como multiétnica e multicultural, bem como os fundamentos de sua organização, como união e solidariedade;

b) Segurança jurídica e fortalecimento da ordem constitucional, reformando a estrutura do então Poder Judiciário (atual órgão judicial), criando o Tribunal Constitucional como intérprete jurisdicional máximo da Constituição, atribuindo-lhe a função de controle concentrado da constitucionalidade (LIMA, 2018).

²⁸ Plural devido a seu caráter inclusivo, inserindo os povos indígenas e comunidades camponesas na estrutura social, política e jurídica do Estado.

Atualmente, e de acordo com a norma prevista no artigo 179, parágrafo III, da atual Constituição Política do Estado aprovada em 2009, a justiça constitucional é exercida pelo Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP), que, em consonância com o artigo 196 do mesmo texto constitucional, deve garantir a supremacia da Constituição, exercendo controle da constitucionalidade a respeito dos direitos fundamentais e garantias constitucionais (LIMA, 2018).

O TCP tem a incumbência ainda de responder às consultas das autoridades indígenas e camponesas sobre competência e aplicação de suas normas legais a um caso específico.

O artigo 197 da Constituição disciplina a organização do TCP, estabelecendo no primeiro parágrafo que os magistrados e magistradas do Tribunal Constitucional serão eleitos com critérios de plurinacionalidade, com representação do sistema ordinário e do sistema camponês e indígena. Além disso, o art. 198 da Constituição declara que os magistrados do Tribunal Constitucional Plurinacional serão eleitos por sufrágio universal (LIMA, 2018)²⁹.

Ou seja, deve-se notar que a Constituição boliviana projetou um órgão plural de controle de constitucionalidade, no qual o controle e a interpretação são exercidos não só sobre normas formais, mas também sobre as normas dos povos indígenas e nativos. Houve um distanciamento do sistema de controle de constitucionalidade difuso com restrições à defesa dos direitos fundamentais diretamente pelo cidadão via TCP.

2.1.3 Filtro de acesso na Alemanha

No sistema constitucional alemão, embora a regra seja o controle concentrado de normas, o Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) e a Corte Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof*) têm competência para exercer o controle de forma concreta. Mas há limites legais para este exercício (RISSO et al., 2009).

Há um requisito que se assemelha à Repercussão Geral brasileira, que lá é chamado de *significação fundamental* (*grundsätzliche Bedeutung*), que funciona como condição de admissibilidade da Revisão. A Revisão é o recurso dirigido a Corte Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof*)³⁰ contra decisões de última instância proferidas pelas cortes regionais de recurso (*Oberlandesgericht*) (DANTAS, 2009).

²⁹ Cada região (departamento) deve indicar quatro candidatos à Suprema Corte, sendo 50% mulheres e pelo menos um indígena (LIMA, 2018).

³⁰ O Tribunal Federal de Justiça (em alemão: *Bundesgerichtshof*, BGH) é a mais alta corte do sistema de jurisdição ordinária (*Ordentliche Gerichtsbarkeit*) na Alemanha. É o Supremo Tribunal Federal (tribunal de última instância) em todas as matérias de direito penal e privadas. A decisão proferida pelo BGH só pode ser

Na Alemanha, o recurso não é compreendido como um direito fundamental, ou seja, não tem previsão constitucional. Desta forma, o legislador ordinário pode restringir o exercício recursal, limitando sua admissibilidade, como fez com a Revisão (BENEDUZI, 2015). Este recurso guarda semelhança com o recurso extraordinário brasileiro, principalmente porque deve levar à Corte Federal de Justiça apenas questões predominantemente de de direito (NERY JUNIOR, 2014).

A questão dotada de *significação fundamental*, quando julgada, deve servir de modelo e repercutir além da lide e ainda deve ter em sua essência uma dúvida de direito de difícil solução, não se incluindo aquelas que possam ser sanadas com a interpretação razoável do texto legal (RISSO et al., 2009). Uma das finalidades buscadas é o aperfeiçoamento das instituições jurídicas (DANTAS, 2012). O requisito da *significação fundamental* não depende da gravidade da lesão causada pela decisão recorrida, mas da abrangência da resposta perante a sociedade. Não se pode fundamentar a *significação fundamental*, somente pelo número de casos semelhantes discutidos no Poder Judiciário (DANTAS, 2009).

A *significação fundamental* é caracterizada pela demonstração de transcendência da questão debatida e pela capacidade de refletir potencialmente na aplicação de tantos outros casos que sobrevierem. O requisito da *significação fundamental* atua no sistema jurídico alemão como uma espécie de filtro recursal, a fim de que seja reduzido o número de matérias e recursos encaminhados à Corte Federal de Justiça, preservando a excepcionalidade do uso do instrumento impugnativo da *Revision*. (CABRAL, 2014).

No mesmo sentido Marinoni (2013, p. 46):

o *Bundesgerichtshof* alemão e o Tribunal Superior espanhol, ambos a exigir, como um dos requisitos para a admissão, respectivamente dos recursos de revisão e de cassação, uma "questão de direito de fundamental importância" e o "interesse cassacional" - visto como um interesse geral ou público -, os quais se constituem em filtros para o acesso ao *Bundesgerichtshof* e ao Tribunal Superior.

Quando proferida decisão pelas cortes regionais de recurso (*Oberlandesgericht*), o vencido deve pedir licença a estes tribunais para recorrer à Corte Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof*). Essa licença vincula a Corte Federal, que não pode deixar de admitir o recurso por falta de *significação fundamental* (Destaque meu). A licença será concedida quando a questão jurídica for dotada de *significação fundamental* ou a fim de aperfeiçoar o direito ou uniformizar a jurisprudência (RISSO et al., 2009).

revertida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em casos raros, quando a compatibilidade das regras do Tribunal Constitucional sobre a constitucionalidade (com a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha).

Deve-se destacar também a *Verfassungsbeschwerde* (reclamação constitucional), outra forma de acessar os tribunais superiores (neste caso, Tribunal Constitucional Federal Alemão – *Bundesverfassungsgericht*). Esta verdadeira ação pode ser formulada por qualquer pessoa que tenha um direito fundamental ofendido por medidas adotadas pelas autoridades públicas ou por decisões judiciais, desde que esgotadas as vias ordinárias (VIANA, 2011). Será dirigida ao Tribunal Constitucional Federal Alemão. Excepcionalmente, é permitida em face de lei em casos em que esta atingir o reclamante de modo pessoal, atual e direto (VIANA, 2011; ABRAÃO, 2011).

No sistema Alemão, só chegam ao Tribunal Constitucional Federal Alemão reclamações constitucionais que tenham por objeto a violação de direitos fundamentais de especial gravidade. Estas reclamações não apresentam qualquer característica de recurso, mas apresentam feições de ação constitucional específica (RISSO et al., 2009; ABRAÃO, 2011).

Característica comum entre a reclamação constitucional alemã e o recurso extraordinário brasileiro diz respeito ao fato de que a reclamação citada não admite debates sobre elementos fáticos ou legais, os quais ficam restritos às cortes inferiores (ABRAÃO, 2011).

A questão do juízo de admissibilidade da reclamação constitucional alemã está explicitamente ligada ao fato de poder-se combater o aumento da sobrecarga na Corte Constitucional Federal por esta ação, ou seja, funciona como um filtro preventivo do exercício da jurisdição constitucional pela Corte Constitucional Alemã. O mesmo que se pretende com a Repercussão Geral no caso brasileiro, ou seja, um filtro recursal que impeça a sobrecarga de recursos extraordinários que chegam ao STF pelo controle difuso (VIANA, 2011; ABRAÃO, 2011).

No caso alemão, a *Bundesverfassungsgericht* (Corte Constitucional Alemã) registrou, entre 7 de setembro de 1951 e 31 dezembro de 2019, 243.494 ações, das quais 235.057 (96.53%) eram reclamações constitucionais. A grande minoria destas reclamações foram admitidas (2,5%, ou seja, 5.261). Por outro lado, em 2019, 63% das reclamações constitucionais foram decididas no ano em que foram protocoladas, enquanto 87% foram decididas dentro do segundo ano após o protocolo³¹.

Outra semelhança entre a reclamação constitucional alemã e o recurso extraordinário brasileiro é que no caso da admissibilidade da reclamação alemã a legislação

³¹ Dados extraídos do site do Bundesverfassungsgericht: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Statistik/statistics_2019.pdf?__blob=publicationFile&v=3. Acesso em: 12/08/2021.

exige que a questão trazida tenha “fundamental significação constitucional”, expressão aberta como no caso brasileiro, que exige “repercussão geral da questão constitucional”.

Em contrapartida, uma grande dessemelhança entre os institutos é que admissibilidade da reclamação alemã dispensa a motivação. No caso brasileiro, por ordem do prescrito no art. 93, IX, da CF, a fundamentação da decisão sobre a Repercussão Geral é indispensável, sob pena de nulidade, o que o distancia de poder ser classificado como um ato discricionário (ABRAÃO, 2011; VIANA, 2011). Também não se pode confundir a reclamação constitucional alemã com a reclamação constitucional brasileira, já que aquela se constitui em verdadeira ação constitucional autônoma, enquanto esta tem a natureza de incidente proposto no tribunal cuja tese jurídica, representada por exemplo por súmula, de acordo com o art. 103-A, § 3º, da CF³², não é aplicada ou respeitada em outra ação ou ato administrativo.

2.1.4 Filtro de acesso nos Estados Unidos

O modelo clássico de controle constitucional desconcentrado (*judicial review*), com vinculação jurisprudencial (*stare decisis*) das decisões da Suprema Corte, foi criado nos Estados Unidos. E também é deste país a concepção paradigmática de filtro no acesso à Suprema Corte que vem inspirando diversos países (ALVIM; DANTAS, 2019).

Segundo a doutrina do *judicial review*, todo juiz ou tribunal interpreta a Constituição ao julgar os casos que lhe são submetidos, podendo inclusive deixar de aplicar, naquele caso, norma que considere contrária à Constituição, que é a lei das leis. Qualquer tribunal federal ou estadual tem o poder de decidir sobre a constitucionalidade de lei ou decreto federal, estadual ou municipal. A Suprema Corte americana é o último árbitro do significado da Constituição e do Direito Federal e os Supremos Tribunais dos Estados são os últimos árbitros do significado das Constituições e Leis estaduais (CAPPELLETTI, 1971). Mas a ideia de subordinar a ação do Estado a princípios mais elevados não foi uma inovação (CAPPELLETTI, 1970, p. 102, tradução nossa):

Embora o *judicial review* como método de trabalho para subordinar a ação do Estado a princípios mais elevados tenha sido implementada pela primeira vez com eficácia nos Estados Unidos, a ideia não surgiu nova e totalmente desenvolvida a partir da mente de John Marshall. Em vez disso, a versão americana do *judicial*

³² Art. 103-A...

(...)

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

review foi o resultado lógico de séculos de pensamento europeu e experiência colonial que tornou o homem ocidental geralmente disposto a admitir a primazia teórica de certos tipos de lei e tornou os americanos, em particular, prontos para fornecer um meio judicial de impor essa primazia.³³

No modelo dos EUA, o controle de constitucionalidade é incidental à função dos tribunais no decidir casos concretos. De acordo com o artigo III da Constituição americana (ESTADOS UNIDOS, 1787), os tribunais federais podem decidir apenas casos reais e concretos entre partes adversas. Eles não podem declarar uma lei ou outra norma inconstitucional em um processo abstrato. Além disso, a Suprema Corte recusa-se a conferir legitimidade a pessoas para ajuizar reclamações em abstrato, insistindo que apenas pessoas com uma lesão de fato podem ter legitimidade para promover ação através dos tribunais federais (ROSENN, 2004).

A Suprema Corte Norte-Americana possui um poder discricionário (decisão sem fundamentação declarada e tomada em sessão secreta) para, através de seus ministros, fazer uma triagem e analisar (dentre os *writ of certiorari*³⁴ enviados à Suprema Corte) somente os casos em que a questão federal e constitucional possui relevância para o interesse público. Portanto, a liberdade que a Corte tem é de decidir administrativamente o que merece ou não se submeter à jurisdição máxima. A respeito, descreve Barbosa Moreira (MOREIRA, 2012):

Na apreciação das *petitions for certiorari*, goza a Suprema Corte de total discricção; pode acolhê-las ou rejeitá-las a seu talante, sem dar a conhecer as razões em que se baseou. Esse regime data de 1925, ano do novo *Judiciary Act*, destinado justamente, entre outras coisas, a remediar o problema, que tomava grandes dimensões, do congestionamento da Corte, pela sobrecarga de trabalho. Graças ao filtro então introduzido, a Corte tornou-se capaz de controlar sua pauta. Estima-se que, nos anos 90, ela não haja deferido mais que 1 % do número total de *petitions*.

Adicione-se uma distinção da realidade da Corte Constitucional federal norte-americana em relação à brasileira. De forma diversa que no Brasil, as leis norte-americanas são em sua maioria estaduais e normalmente as questões são resolvidas nos próprios tribunais estaduais (CAPPELLETTI, 1971). Esta diferença tem origem na formação de ambos os Estados, conforme bem descrito por Silva (1963, p. 5):

A Federação brasileira estabeleceu-se com a Constituição de 1891 como um imperativo histórico cultural do povo brasileiro, condicionada ainda pela grande

³³ No original: “While *judicial review* as a working method of subordinating state action to higher principles was first effectively implemented in the United States, the idea did not spring new and fully developed from the brow of John Marshall. Rather, the American version of judicial review was the logical result of centuries of European thought and colonial experience which had made Western man generally willing to admit the theoretical primacy of certain kinds of law and had made Americans in particular ready to provide a judicial means of enforcing that primacy”.

³⁴ *writ of certiorari* é a principal instituto processual contemporâneo que tem acesso à Suprema Corte dos Estados Unidos, dentre os quais seus integrantes selecionam os casos que serão julgados anualmente (DANTAS, 2012).

extensão e diversidade do território nacional. Partimos do unitarismo para a forma federativa, num processo inverso ao das federações americana e suíça; estas formaram-se da união de estados soberanos, os quais conferiram à União parte de sua competência.

No Brasil o contrário se deu, isto é, o Poder central, único, foi que transferiu, às comunidades regionais, a parcela de poder, que depois, vieram a possuir, constituindo-se em estados autônomos. [...] pouco restou aos Estados-membros, quanto à normatividade do Direito. Órgão revelador do Direito Pátrio é o Congresso Nacional. Os Estados-membros não têm competência para revelar nem o Direito substancial nem o Direito instrumental.

Apesar da discricionariedade citada, é comum que a Corte americana espere que os tribunais se manifestem por inúmeras vezes sobre questões de relevância, para que ela se manifeste a respeito, assim como é comum ser apreciado o *writ of certiorari* nas questões em que a União é autora, nas questões que hajam mais de três intervenções de *amicus curiae* e, ainda, em questões que existam conflitos entre tribunais federais e estaduais (DANTAS, 2009).

Na seção 2 do artigo III da Constituição americana há a disposição de que “a Suprema Corte terá jurisdição em grau de recurso, pronunciando-se tanto sobre os fatos como sobre o direito, observando as exceções e normas que o Congresso estabelecer”³⁵ (ESTADOS UNIDOS, 1787, tradução nossa). Consoante esta disposição e a legislação ordinária que a regulamentava, a Suprema Corte americana, por mais de cem anos, sobreviveu sem o poder de selecionar os casos que deveria julgar (ALVIM; DANTAS, 2019).

Foi o ex-presidente americano (de 1909 a 1913) William Howard Taft, também ex-presidente da Suprema Corte de 1921 a 1930 (WHITE HOUSE, 2021), quem, no ano de 1916, diante do aumento de casos a serem analisados, iniciou movimento que redundou em projeto para a limitação recursal obrigatória da Suprema Corte, sustentando que esta deveria ser preservada apenas em questões constitucionais. Nos demais casos, Taft defendia que fossem concedidos amplos e discricionários poderes para que, em sede de *writ of certiorari*, a Corte decidisse o que deveria ou não examinar, o que acabou se concretizando com o *judge’s bill* de 1925. Defendia Taft (1916, p. 14, tradução nossa):

Deveria haver redução dos recursos a Suprema Corte, reduzindo os casos de discussão constitucional a apenas as revisões de direito, e deixando ao arbítrio daquele tribunal, por meio de certiorari, a competência para julgar casos proveniente dos tribunais de primeira instância nos que julgar haver interesse público.³⁶

³⁵ No original: “(...) the supreme Court shall have appellate Jurisdiction, both as to Law and Fact, with such Exceptions, and under such Regulations as the Congress shall make.” Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm?utm_content=buffer05951. Acesso em: 13/08/2021.

³⁶ No original: “There should be a reduction of the appeals to the Supreme Court, by cutting down to cases of constitutional construction only the review as of right, and by leaving to the discretion of that court, by writ of certiorari, the power to hear such cases from the lower courts as it deems in the public interest.”

Logo depois que o projeto virou lei (em 1925), o Tribunal reivindicou a autoridade para emitir concessões limitadas de *certiorari*, ou seja, decidir apenas uma questão particular em cada caso, podendo ignorar outras questões do processo, como ficou decidido no caso *Olmstead v. United States*. Mas, na vigência do *judge's bill* de 1925, foi repetidamente observado que a Suprema Corte não controlaria sozinha sua jurisdição, pois os tribunais de apelação, por meio de certificação, compartilhavam essa prerrogativa. Realidade que durou até o *Act of June*, de 1988, que efetivamente eliminou por completo toda a jurisdição obrigatória da Suprema Corte (HARTNETT, 2000).

O prazo para a apresentação do *writ of certiorari* está regulamentado no *Rule 13.1* do Regimento da Suprema Corte (SUPREME COURT, 2019). De acordo com a norma, e salvo disposição em contrário por lei, uma petição de *writ of certiorari* para revisar uma sentença em qualquer caso, civil ou criminal, apresentada contra decisão de tribunal estadual de último recurso ou um dos tribunais de apelação dos Estados Unidos deve ser protocolado na Suprema Corte dentro de 90 dias após da ciência daquela sentença.

A Corte não se divide em turmas. E não há relator para cada processo. De acordo com Stern et al (2002, p. 290, tradução nossa), “cada juiz estuda o caso em detalhes de forma suficiente para resolver a questão por si mesmo. De forma que no final da votação, cada decisão é uma decisão individual de cada um e de todos”.³⁷

O mecanismo pelo qual a Suprema Corte dos Estados Unidos administra o fluxo de petições de *certiorari* (“cert”) ao tribunal é denominado “cert pool”. Tal mecanismo foi formatado em 1973, como uma das reformas institucionais do *Chief*³⁸ Warren E. Burger por sugestão do *Justice*³⁹ Lewis F. Powell. Todos os anos, a Suprema Corte recebe milhares de petições de *certiorari*, mas admitirá cerca de 80 a 100 dessas petições (STERN et al, 2002).

O “cert pool” funciona da seguinte forma: cada *Justice* participante inscreve seus assessores no *pool*. Uma cópia de cada petição recebida pelo tribunal vai para o *pool*, e é atribuída a um assessor por sorteio, e esse assessor então prepara e distribui um memorando para todos os *justices* e aos demais assessores, resumizando o caso e apresentando argumentos para concessão ou denegação do *certiorari* (STERN et al, 2002).

O Tribunal reduz substancialmente o número de casos (*certiorari*) até aqueles que são efetivamente discutidos e formalmente votados nas sessões do Tribunal, ou seja, aqueles

³⁷ No original: “each Justice each studies case in sufficient detail to resolve the question for himself. So that in a very real sense, each decision is an individual decision of every Justice.”

³⁸ O Presidente da Corte.

³⁹ Equivalente ao nosso ministro do STF.

que constarem na "discuss list". A "discuss list" é preparada pelo presidente do tribunal; a lista identifica aqueles certificados que o presidente considera dignos de discussão na conferência. A lista de discussão inclui todos os casos em que os memorandos do "cert pool" recomendaram uma concessão de revisão e outros casos que o presidente do tribunal julgue significativo. Qualquer juiz pode adicionar qualquer caso à lista antes da conferência. Se o caso receber quatro votos é admitido (STERN et al, 2002).

Conforme relato de Brenner (2000), em 1963, Joseph Tanenhaus e três colegas apresentaram um estudo (chamado de "cue theory") em que identificaram três razões associadas à concessão de *certiorari* pela Corte durante o período de 1947 a 1956: (1) a União era a petionária; (2) desacordo entre os juízes no tribunal imediatamente inferiores, ou desacordo entre dois ou mais tribunais ou agências em um determinado caso; (3) a presença de uma questão de liberdades civis (BRENNER, 2000).

Estudos subsequentes refutaram em parte as conclusões e identificaram outras variáveis associadas à concessão do *certiorari* pela corte. Estes incluem: (1) o caso foi decidido em uma direção que diferia da ideologia da maioria dos juízes da Corte; (2) houve um conflito entre a decisão do tribunal inferior e súmula da Suprema Corte; (3) houve um conflito genuíno entre tribunais (BRENNER, 2000).

Outra forma de se ter uma baliza sobre as razões que podem levar à admissão de um *certiorari* é a Regra 10 das "Regras da Suprema Corte dos Estados Unidos"⁴⁰, que afirma que "A revisão em um *writ of certiorari* não é questão de direito, mas de discricção judicial"⁴¹ (SUPREME COURT, 2019, tradução nossa) e, em seguida, relaciona várias situações que, "embora não controlem nem avaliem totalmente o arbítrio do Tribunal, indicam o caráter das razões que o Tribunal considera."⁴² (SUPREME COURT, 2019, tradução nossa).

Os motivos listados por esta regra são: (a) um tribunal de apelação dos Estados Unidos emitiu uma decisão em conflito com a decisão de outro tribunal de apelação dos Estados Unidos sobre o mesmo assunto importante; decidiu uma importante questão federal de uma forma que entra em conflito com uma decisão de um tribunal estadual de último recurso; ou se afastou dos procedimentos judiciais aceitos, ou sancionou tal afastamento por um tribunal inferior, a ponto de exigir o exercício do poder de supervisão deste Tribunal; (b)

⁴⁰ Disponível em: https://www.supremecourt.gov/filingandrules/rules_guidance.aspx. Acesso em: 14/08/2021.

⁴¹ No original: "Review on a writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion". Alvim e Dantas (2019) afirmam que a leitura de textos estrangeiros evidenciam que o termo "discretion" é usado quando o juiz age a partir de parâmetros mais flexíveis, mas jamais pessoais. Ou seja, não é bem sinônimo do que se entende no Brasil por discricionariedade.

⁴² No original: "although neither controlling nor fully measuring the Court's discretion, indicate the character of the reasons the Court considers".

um tribunal estadual de último recurso decidiu uma questão federal importante de uma forma que entra em conflito com a decisão de outro tribunal estadual de último recurso ou de um tribunal de apelação dos Estados Unidos; (c) um tribunal estadual ou um tribunal de apelação dos Estados Unidos decidiu uma questão importante da lei federal que não foi, mas deveria ser, resolvida por este Tribunal, ou decidiu uma questão federal importante de uma forma que entra em conflito com as decisões relevantes deste Tribunal (SUPREME COURT, 2019)⁴³.

Brenner (2000) argumenta que estes regramentos são insuficientemente precisos para informar o litigante ou seu advogado de quando o *certiorari* é provável de ser concedido. Com base em jurisprudência que lista, Stern et al (2002, p. 244, tradução nossa) afirmam que “o *certiorari* é usualmente acolhido quando a corte inferior declara a inconstitucionalidade de uma lei federal ou quando é dada interpretação injusta de forma a salvar sua constitucionalidade”.⁴⁴

No caso americano, fica evidente o controle que a Suprema Corte detém de sua agenda.

2.1.5 Filtro de acesso na Itália

A lei nº 69, publicada em 19 de junho de 2009 (ITÁLIA, 2009, tradução nossa), intitulada “Disposizioni para o desenvolvimento econômico, a simplificação, a competitividade em matéria de processo civil”⁴⁵ introduziu uma modificação, entre outras, no processo civil da Itália, visando acelerar a tramitação dos processos e contribuir para eliminar com cerca de 5 milhões de procedimentos pendentes no Judiciário italiano (ZAGANELLI, 2011). O ponto de destaque da reforma processual italiana de 2009, o novo artigo 360*bis* do

⁴³ No original: “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.”

⁴⁴ No original: “Where the decision below holds a federal statute unconstitutional or where a federal statute is given an unwarranted construction in order to save its constitutionality, certiorari is usually granted because of the obvious importance of the case.”

⁴⁵ No original: “Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività - nonché in materia di processo civile.”

Código de Processo Civil Italiano (CPCI), introduziu um filtro, um novo requisito de admissibilidade para o Recurso de Cassação⁴⁶ com finalidade de desafogar a Corte de Cassação e reduzir o número de recursos que chegam à apreciação de mérito. Ressaltamos aqui a semelhança para o caso brasileiro. O legislador italiano tentou inserir no país (conforme tendência mundial) um filtro a recursos para o Tribunal Superior, permitindo que esse aprecie apenas as questões que considerar com relevância jurídica (ZAGANELLI, 2011; BONATO, 2015).

Na Itália, a Corte Suprema de Cassação (Suprema Corte italiana) está no topo da jurisdição ordinária (matérias civil e penal). A Corte, com sede em Roma e jurisdição sobre todo o território da República, é o órgão supremo da justiça italiana, tendo por finalidade primordial assegurar: 1. A exata observância e a interpretação uniforme da lei; 2. A unidade do direito objetivo nacional; 3. O respeito dos limites das diversas jurisdições; 4. A regulamentação dos conflitos de competência e de atribuições (LOURES, 2009).

De forma diversa que na Alemanha, a constituição italiana protege expressamente a garantia do cabimento do recurso de cassação direcionado à Corte Superior no art. 111, parte 7ª (ITALIA, 1947)⁴⁷. No panorama europeu, a proteção constitucional italiana ao recurso de cassação representa um *unicum* (BONATO, 2015). No Brasil, diferentemente da tradição europeia dominante (e em linha com a previsão constitucional italiana), a Constituição Federal de 1988 também prevê expressamente o cabimento dos recursos extraordinário e especial, nos arts. 102, III, e 105, III, respectivamente.

Em 2006, através do Decreto de nº 40 (ITÁLIA, 2006), o artigo 360 do código de processo civil italiano sofreu pequenas modificações, passando a estabelecer cinco hipóteses de cabimento do recurso de cassação, para impugnar acórdão em grau de apelação ou em único grau que verse sobre: (1) razões relacionadas com a jurisdição, (2) violação de regras de competência que não estão prescritas em regulamento, (3) violação ou má aplicação de normas de direito e de contratos e acordos coletivos nacionais de trabalho, (4) nulidade da sentença ou do procedimento e por fim (5) por omissão, insuficiência ou contradição acerca de fato controverso e decisivo para o juízo (BONATO, 2015).

⁴⁶ O recurso de cassação italiano desempenha ao mesmo tempo os papéis que no Brasil cabem ao recurso extraordinário perante o STF e ao recurso especial perante o STJ, sendo cabível tanto em caso de violações de disposições constitucionais como em caso de violações de disposições infraconstitucionais de qualquer natureza (BONATO, 2015).

⁴⁷ Art. 111 (...) Todas as providências jurisdicionais devem ser motivadas. Contra as sentenças e contra as providências sobre a liberdade pessoal, emitidos pelos órgãos jurisdicionais ordinários ou especiais, é sempre admitido o recurso no Tribunal de Cassação por violação de lei. Pode-se derrogar essa norma somente para as sentenças dos tribunais militares em tempo de guerra. Contra as decisões do Conselho de Estado e do Tribunal de Contas, o recurso no Tribunal de Cassação só é admitido por motivos inerentes à jurisdição.

Em adição a estes requisitos (ZAGANELLI, 2011), o atual artigo 360*bis* (inserido por meio da Lei nº 69/2009) do CPCI afirma que o recurso de cassação não será admissível: 1) quando o provimento impugnado decidiu questões de direito em conformidade com a jurisprudência da Corte e o exame dos motivos não fornece elementos para confirmar ou alterar a orientação da mesma; 2) quando é manifestamente infundada alegação sobre a violação dos princípios normativos do devido processo (ITÁLIA, 1940).

Conjuntamente aos requisitos de admissibilidade do art. 360 *bis* foi criada uma nova turma da Corte de Cassação, uma “*apposita sezione*” (art. 376 do CPCI), hoje denominada “*sesta sezione*”, ou mais especificamente, “turma filtro”, cuja tarefa consiste precipuamente na averiguação preliminar dos recursos (BONATO, 2015). Se o recurso não for admitido pela “turma filtro”, a decisão recorrida transitará em julgado; caso o recurso seja admitido, a “turma filtro” endereça o recurso ao primeiro presidente da Corte que remeterá a decisão a uma das turmas competentes para julgar o mérito recursal (art. 380 *bis* do CPCI). É irrecorrível a decisão da “turma filtro” acerca da existência dos requisitos impostos para a filtragem do recurso de cassação (arts. 380 *bis* e 387 do CPCI) (BONATO, 2015).

Esse limite de acesso à Corte de Cassação está em consonância com o posicionamento de inúmeras outras Supremas Cortes, que procuram atuar apenas em casos específicos para garantir respeito e unidade ao ordenamento jurídico vigente no país (ZAGANELLI, 2011). Na Itália, essa função resulta da função constitucional da Corte de uniformizar a interpretação e aplicação do direito.

Da análise do acima citado item nº 2 do artigo 360*bis*, grande parte dos críticos sustentam a sua inconstitucionalidade. Isto porque a Constituição Italiana estabelece, como dito, uma garantia geral em seu artigo 111, a de que qualquer cidadão possa apelar à Corte de Cassação contra decisão de autoridade judiciária que viole a lei, ou contra qualquer medida que restrinja a liberdade do indivíduo. A exigência de se comprovar violação ao devido processo legal limitaria a garantia constitucional do artigo 111, parágrafo 7º, bem como excluiria ou limitaria o direito de ação, que também constitui garantia constitucional no artigo 24, §1º da Constituição Italiana (ZAGANELLI, 2011).

A tentativa de introduzir na Itália um verdadeiro filtro “seletivo” ao recurso de cassação fracassou, na interpretação oferecida pela jurisprudência italiana, respaldada por uma parte da doutrina (CARRATA, 2014; BONATO, 2015). No caso da “turma filtro”, a configuração do instituto mostrou-se primordialmente “acelerativo”, resultado da natureza peculiar e dúplice do modelo italiano de cassação e da necessidade constitucional de garantir o direito individual ao processo. Constituiria, na realidade, apenas uma modalidade mais

rápida de deliberação sobre o mérito do recurso feita pela “turma filtro”. A “turma filtro” não faz efetivamente uma seleção dos recursos baseada numa averiguação qualitativa, em razão da relevância da questão suscitada pela parte vencida, mas ela mesma conhece e julga o mérito do recurso, adotando um procedimento mais célere e simplificado. Daí, e conforme a jurisprudência da Corte de Cassação, a verificação preliminar do art. 360 *bis* faz parte do juízo de mérito recursal e não do juízo de admissibilidade (BONATO, 2015).

Ou seja, doutrina e jurisprudência interpretaram de maneira sistemática o art. 360 *bis* do CPCI, de maneira conforme ao art. 111 da Constituição, reduzindo as consequências do novo instituto sobre a configuração do remédio sob análise. Considerando o disposto no art. 111, parte 7^a, da Constituição italiana, a mencionada leitura do art. 360 *bis* do CPC seria a única conforme ao ditado constitucional.

2.2 Conclusão

Trouxemos uma amostragem de como outros ordenamentos estrangeiros contemplam mecanismos de filtragem dos recursos, limitando o acesso dos jurisdicionados aos tribunais de cúpula, no sentido de possibilitar que a Corte Suprema conheça e aprecie questões que efetivamente tenham interesse geral, característica de um órgão de superposição que profira unicamente decisões sobre questões que transcendem o caso concreto e transbordem os limites subjetivos de casos, a fim de orientar, no futuro, a jurisprudência e a unidade do direito. Esta *ratio* se aplica ao Brasil.

A Suprema Corte argentina tem como principal forma de acesso à sua jurisdição o recurso extraordinário, similar ao nosso recurso extraordinário, ambos de inspiração norte americana. A diferença é que lá não há qualquer ação de controle concentrado. Em face do mesmo problema brasileiro, de congestionamento da Corte Superior, os argentinos instituíram o seu filtro em 1990: A reforma processual argentina atribuiu à Corte Suprema um instrumento discricionário para apreciar o acesso ao controle constitucional difuso. Esta realidade dificilmente se repetiria no Brasil, tendo-se em vista nossas disposições constitucionais que garantem a motivação e a publicidade de todas as decisões judiciais (art. 93, IX, da CF)⁴⁸.

⁴⁸ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação [...].

A inspiração do filtro argentino veio da forma de admissibilidade do *writ certiorari* americano, a principal e quase exclusiva forma de acesso à Suprema Corte Americana. Nos Estados Unidos, o *Judiciary Act* de 1925 teve como propósito principal remediar o problema que tomava grandes dimensões no congestionamento da Corte, pela sobrecarga de trabalho. Na apreciação das *petitions for certiorari*, a Suprema Corte passou a gozar de total discricção; podendo acolhê-las ou rejeitá-las a seu talante, sem dar a conhecer as razões em que se baseou e em sessão secreta. Instrumento similar seria inimaginável na realidade constitucional brasileira, pelas mesmas razões expostas no parágrafo anterior.

A Bolívia adotou o modelo americano em boa parte de sua história constitucional (1861-1994), ou seja, o sistema jurisdicional difuso de controle da constitucionalidade por meio do Supremo Tribunal de Justiça. Diante da concentração extrema de funções no Supremo Tribunal de Justiça, como função jurisdicional ordinária e contenciosa, jurisdição constitucional, de trabalho administrativo e disciplinar, o que afetou atraso e desorganização na geração de justiça e no controle da constitucionalidade das normas, a solução não foi a instituição de um filtro constitucional, mas a migração para um sistema de controle de constitucionalidade predominantemente concentrado. Há que se destacar o caráter inclusivo e democrático da composição da nova Corte. O artigo 197 da Constituição de 2009 estabelece que os magistrados e magistradas do Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) serão eleitos com critérios de plurinacionalidade, com representação do sistema ordinário e do sistema camponês e indígena. Além disso, o art. 198 declara que os magistrados do TCP serão eleitos por sufrágio universal. Cada região (departamento) deve indicar quatro candidatos à Suprema Corte, sendo 50% mulheres e pelo menos um indígena.

No sistema constitucional alemão, embora a regra seja o controle concentrado de normas, o Tribunal Constitucional e a Corte Federal de Justiça têm competência para exercer o controle de forma concreta. Há um instituto que se assemelha à Repercussão Geral brasileira, que lá é chamado de *significação fundamental* (*grundsätzliche Bedeutung*), que funciona como condição de admissibilidade da Revisão. A Revisão é o recurso dirigido a Corte Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof*) contra decisões de última instância proferidas pelas cortes regionais de recurso (*Oberlandesgericht*) (DANTAS, 2009). Importante também destacar no ordenamento alemão a *Verfassungsbeschwerde* (reclamação constitucional) que pode ser formulada por qualquer pessoa que tenha um direito fundamental ofendido por medidas adotadas pelas autoridades públicas ou por decisões judiciais, desde que, em regra, esgotadas as vias ordinárias (ABRAÃO, 2011). Esta reclamação é dirigida ao Tribunal Constitucional Federal Alemão, sendo que o reclamante deve ter utilizado todos os remédios

legais e meios disponíveis para a preservação e reparação do direito fundamental lesado (VIANA, 2011). Estas reclamações, de admissibilidade limitada, não apresentam qualquer característica de recurso, mas apresentam feições de ação constitucional específica (RISSO et al., 2009). Outro ponto a destacar é que a admissibilidade da reclamação dispensa a motivação, o que a aproxima dos institutos argentino e americano (ABRAÃO, 2011).

No mesmo sentido que a Corte alemã, o acesso à Suprema Corte italiana é regido pelo controle concentrado de constitucionalidade. Mas a Constituição garante o acesso à Corte de Cassação aos litigantes através do recurso de cassação, incidente processual que desempenha ao mesmo tempo os papéis que no Brasil cabem ao recurso extraordinário perante o STF e ao recurso especial perante o STJ, sendo cabível tanto em caso de violações de disposições constitucionais como em caso de violações de disposições infraconstitucionais de qualquer natureza (BONATO, 2015). A prática da tentativa de introduzir na Itália um verdadeiro filtro “seletivo” ao recurso de cassação fracassou, na interpretação oferecida pela jurisprudência italiana, respaldada por uma parte da doutrina (CARRATA, 2014; BONATO, 2015). A configuração do filtro italiano mostrou primordialmente “acelerativo”, resultado da garantia constitucional do direito individual ao recurso de cassação (art. 111, parte 7.º da Constituição italiana). Aqui uma pequena semelhança com o recurso extraordinário brasileiro, que também é uma garantia constitucional. A diferença é que o filtro brasileiro (Repercussão Geral) também foi inserido na Constituição.

Ou seja, é possível restringir o acesso às Cortes Supremas com o fim de erigi-las em verdadeiras cortes dos precedentes e responsáveis pela unidade do direito nacional, desde que todo o sistema constitucional esteja coerente com a mudança. Pode-se afirmar que os recursos às Supremas Cortes em demandas subjetivas (controle difuso), em última instância, representam um prestígio da tutela da parte sucumbente e ao acesso à Justiça, mas haverá uma tendência clara de congestionamento se ao tribunal de topo couber apreciar todo e qualquer recurso final de natureza subjetiva.

Enfim, é possível restringir o acesso às Cortes Supremas (e no Brasil não podia ser diferente), com o fim de erigi-las em verdadeiras cortes dos precedentes! Os recursos às Supremas Cortes em demandas subjetivas são imprescindíveis ao “devido processo legal”, desde que revestidos de Repercussão Geral, ou requisito similar, assegurado à parte sucumbente.

3 AS ORIGENS E A JUSTIFICATIVA DOS RECURSOS AOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Evidenciamos a seguir a destinação histórica inicial dos recursos às cortes de vértice, habilitados para a busca da supremacia da Constituição, da autoridade, validade e inteireza do Direito. Constatarse-á um distanciamento do Recurso Extraordinário (RE) desta justificação histórica e política. Pergunta-se: aqueles escopos, hoje, podem ser buscados com o conhecimento de apenas parte relevante dos recursos extraordinários em conjunto com outros instrumentos, como as ações de controle concentrado de constitucionalidade e o recurso especial (ao STJ), que não existiam em 1891? Partimos da hipótese de que a RG, atual e especial requisito de admissibilidade do RE, traz harmonia a este novo cenário ao estatuir o caráter não obrigatório do recurso extraordinário.

3.1 A origem dos recursos aos tribunais de cúpula

Faz-se fundamental tratarmos da justificação histórica e política da concepção do STF e do próprio recurso extraordinário, do qual a Repercussão Geral é requisito de admissibilidade especial. Neste sentido, Silva (1963) leciona que num estudo que envolva o Recurso Extraordinário, tendo-se em vista que este foi destinado à sustentação da Supremacia da Constituição, da autoridade, validade e inteireza do Direito federal, é necessário inicialmente perscrutar a natureza e o tipo de federação brasileira (SILVA, 1963). Leciona Silva que “mesmo nos Estados unitários, onde os órgãos jurisdicionais são unificados e a fonte normativa do Direito é única, existe aquele órgão de cúpula e, geralmente, um recurso processual com que se cumpre a missão de interpretar e aplicar uniformemente o Direito escrito” (SILVA, 1963, p. 26).

Percorreremos brevemente os fundamentos históricos do nosso recurso extraordinário, explorando as razões que fizeram com que o Brasil seguisse quase que acriticamente o modelo inserido no estado federal norte-americano e, mais especificamente, seu recurso contitucional (ALVIM; DANTAS, 2019).

Com este estudo teremos elementos para destacar, em seguida, os escopos do recurso extraordinário no Brasil, e acompanhar a intenção do legislador brasileiro (com a instituição da Repercussão Geral) de transformar o recurso extraordinário de um recurso de objetivo *ius litigatoris* em *ius constitutionis*, ou seja, de um recurso impetrado no interesse das

partes, para um recurso que intenta obter uma decisão paradigmática e de interesse mais amplo.

Não é novidade que a Constituição dos Estados Unidos da América, partindo de uma aliança entre estados, mas progressivamente desta distinguindo-se, foi um dos grandes marcos da moderna concepção federal de Estado (ALVES, 1975).

O modelo de federalismo ali concebido foi rapidamente copiado e adaptado mundo afora, tornando-se paradigma de organização do Estado, em contraposição ao modelo de autoridade política centralizada que surgiu no mesmo final de século XVIII, na Europa, a partir dos ideais da Revolução Francesa (ALVIM; DANTAS, 2019).

3.1.1 O federalismo americano e a suprema corte

Nascidos com a Constituição Americana de 1787, os Estados Unidos da América foram o resultado de longa luta iniciada em 1754, com a realização do 1º Congresso Intercolonial. O processo tornou-se mais agudo a partir de 1776, com a Declaração da Independência, assinada em conjunto pelas treze colônias (KATZ, 1983). Em 1781, foram assinados os Artigos da Confederação, passando o Congresso a denominar-se "Os Estados Unidos Reunidos em Congresso", declarando-se como união permanente. Entretanto cada Estado mantinha sua soberania, liberdade e independência. Em 1787, na Cidade de Filadélfia, a Convenção de Filadélfia intentava resolver os problemas dos Estados Unidos da América, após a independência do Reino Unido da Grã-Bretanha (KATZ, 1998). Ainda que a ideia fosse somente rever os Artigos da Confederação⁴⁹, a intenção de muitos proponentes da Convenção, principalmente James Madison e Alexander Hamilton, era a de criar um novo governo, ou seja, converter a Confederação em Estado Federal (ALVES, 1975, p. 111).

Não houve apenas revisão dos artigos da Confederação; os congressistas acabaram votando a proposta de uma Constituição de Estado Federal, posteriormente ratificada pelos membros da Confederação, em que se consagrou o princípio da separação de poderes (MONTESQUIEU), elaborado, praticamente, nos termos do sistema de "freios e contrapesos". Procurou-se também conciliar a necessidade de um governo central com a manutenção da autonomia política dos Estados-membros.

No que pertence ao nosso tema, importante destacar que, conquanto os congressistas referiam-se a diferentes concepções de federalismo, o que se refletia no tipo de Instância judiciária defendida, o fato é que havia uma quase unanimidade concordando com a

⁴⁹ Os Artigos da Confederação constituíram o primeiro documento de governo dos Estados Unidos da América. Foram aprovadas pelo segundo Congresso Continental em 15 de Novembro de 1777 (KATZ, 1998).

necessidade de uma Suprema Corte Federal para “assegurar aos direitos nacionais a uniformidade de julgamento”, necessária ao “fortalecimento do governo nacional e à contenção da força centrífuga dos interesses estaduais divergentes” (KATZ, 1998). Destacando o modelo do federalismo americano, leciona Alves (1975, p. 111):

Havia pouco debate sobre a necessidade de um Supremo Tribunal para tornar efetiva a autoridade nacional e conter as diversidades estaduais. O Federalista n° 80 é bem explícito nesse ponto. Alexander Hamilton escreveu que ‘sob a Constituição, os Estados [...] são proibidos de fazer uma variedade de coisas [...] que sejam incompatíveis com os interesses da União,’ e que deve haver ‘algum poder efetivo no governo (nacional) para impedir ou corrigir as infrações deles’.

As profundas alterações nos Estados Unidos tinham também como origem (além da mudança para um país independente) o movimento similar, também presente na Europa, de anseio da burguesia emergente de inaugurar uma nova ordem jurídica-política que favorecesse suas atividades, gerando a necessidade de uma arquitetura institucional que garantisse segurança nas relações jurídicas (ALVIM; DANTAS, 2019).

E é justamente na composição deste ambiente que se encaixam tanto a Suprema Corte dos Estados Unidos como a Corte de Cassação da França. Embora delineadas de maneira diversa, ambas têm em sua gênese o desejo dos vencedores das respectivas revoluções de, por um lado, impedir o retorno ao regime anterior e, por outro, propiciar condições para florescimento do capitalismo (ALVIM; DANTAS, 2019).

O Federalismo Americano é freqüentemente imaginado como resultado prático e necessário dos compromissos assumidos na Convenção Constitucional de 1787. Efetivamente, talvez, não houvesse outra solução se não o federalismo, para satisfazer ambas as correntes envolvidas: os nacionalistas (centralistas) e os antifederalistas (*states-righters*). Todavia, deve ser reconhecido que ambas as posições, dos nacionalistas (Federalistas) e dos antifederalistas estavam baseadas em certas concepções ortodoxas de formas de governo (KATZ, 1983).

O grande problema com que se confrontaram os *founding fathers* foi o de saber como implementar um governo democrático que pudesse governar efetivamente o vasto território em que se estavam convertendo os EUA (KATZ, 1983). Por um lado, entendiam que um governo efetivo requereria grande concentração de autoridade no governo federal. Por outro lado, os colonialistas tinham-se libertado da autoridade de um distante governo central e não estavam dispostos a novamente submeter-se a regras similares. De fato, “centralização e autocracia eram quase sinônimos; a liberdade poderia não sobreviver à centralização.

Portanto, o grande problema era balancear a eficiência em uma mão com a liberdade na outra; um clássico problema de teoria política” (KATZ, 1983, p. 98).

O n. 80 dos Federalistas Papers, de autoria de Alexander Hamilton, contém os principais motivos que levaram a assembleia da Filadélfia a deliberar pela previsão, no texto constitucional, de uma esfera federal para o Poder Judiciário (HAMILTON; MADISON; JAY, 1984). Dentre esses motivos, destacamos dois mais relevantes para o nosso tema: (i) manutenção da primazia da Constituição em face da legislação e dos atos de governos estaduais; e (ii) uniformização constitucional e infraconstitucional (ALVIM; DANTAS, 2019). Nas palavras de Hamilton, “esse poder deve ser uma negativa direta às leis estaduais ou uma autoridade sob tribunais federais para anular o que possa estar em violação manifesta aos artigos da União.” (HAMILTON; MADISON; JAY, 1984, p. 66).

Como muitas das prescrições da Constituição Americana, o funcionamento da Suprema Corte foi determinado muito mais pela prática do que pelo texto da Constituição escrita (KATZ, 1986). Segundo Katz (1986, p. 65): “A Constituição escrita simplesmente concede ‘o poder judicial’ à Suprema Corte, e ela deixou para o Chief Justice John Marshall, no seu celebrado voto em *Marbury v. Madison* (1803) para reivindicar o poder de revisão judicial para a Corte”.

No Brasil, apesar das circunstâncias históricas distintas das dos americanos no alvorecer do federalismo, foram determinantes para a escolha pelo tipo federal de estado o aspecto histórico-cultural do povo e as dimensões e diversidades territoriais (SILVA, 1963). Nos termos que o Recurso Extraordinário entrou na legislação brasileira, segundo José Afonso da Silva, “reconhece-se, nitidamente, sua filiação ao Direito saxônico, através do *writ of error* dos americanos” (SILVA, 1963, p. 26). Mancuso (2012) reporta que em 11 de outubro de 1890 o Governo Provisório da nascente República dos Estados Unidos do Brasil “baixou o Decreto n. 848, que, em seu art. 9º, parágrafo único (‘cópia quase *ipsis litteris* dos textos americanos sobre o *writ of error*’” (MANCUSO, 2012, p. 77). Já Côrtes (2005) lembra que mesmo antes da Constituição uma versão brasileira do *writ of error* passou a ser utilizada no Brasil. Mas, que foi com a República que o *writ* ganhou força, por que se sentiu a necessidade de, adotado o modelo federativo em lugar do centralizado Império, “haver um meio de manutenção e controle da unidade do direito” (CÔRTEZ, 2005, p. 2).

Em 1789, o Congresso dos Estados Unidos editou a primeira lei orgânica de seu Poder Judiciário, chamada *Judiciary Act*, que entre outras providências regulamentou a competência originária e recursal da Suprema Corte. Referente à competência recursal, interessa aqui citar a Seção 25, que disciplinou o *writ of error*, mediante o qual era concedido à Suprema Corte o poder de rever as decisões finais das supremas cortes estaduais em casos específicos (ALVIM; DANTAS, 2019).

O *writ of error*, durante quase 150 anos, foi o móvel por meio do qual a Suprema Corte americana exerceu controle sobre as decisões adotadas pelas Cortes Estaduais (ALVIN; DANTAS, 2019). Com base na citação de decisões célebres, como *Martin v. Hunter's Lessee*; *Cohens v. Virginia* e *United States v. Peters*, Alvim e Dantas (2019, p. 308) afirmam que o instituto “já foi concebido como figura que pairava acima dos interesses das partes. Essa função foi desempenhada até 1925 pelo *writ of error* e hoje, após paulatina substituição, é realizada exclusivamente pelo *writ of certiorari*.”.

3.1.2 O recurso de cassação

Há autores que mesmo concordando com o acima reportado, de que o recurso extraordinário foi instituído como cópia do *writ of error*, versão norte americana, identificam alguma similaridade do nosso recurso constitucional com o recurso de cassação, de origem eminentemente francesa (BARBOSA MOREIRA, 1979).

Apesar de se ter espelhado o recurso extraordinário em instituto típico da *common law* em virtude do federalismo nascente, o Brasil inspirou, ao longo de sua história até a República, a sua legislação em grande parte na portuguesa (CORTÊS, 2012), que integra o *civil law*, ou sistema romano-germânico.

Caracteriza este sistema um modo de raciocínio para resolver casos particulares e litígios a partir de regras gerais, fixadas pelo legislador ou enfatizadas pela doutrina. Ou seja, ao contrário do *common law*, a fonte primária do *civil law* é uma mistura do *statute* (regra de direito) e da *jude-make-law*, do próprio juiz construindo a regra a partir dos casos concretos (CORTÊS, 2012). É no seio deste sistema que nasceu o recurso de cassação, que é o recurso para as cortes de vértice européias.

A maioria da doutrina que se debruçou sobre o recurso de cassação concorda em associar o seu perfil aos ideais liberais e burgueses que emergiram da revolução Francesa. Já

no ano seguinte, em novembro de 1790, os revolucionários franceses o instituíram com a outorga de novas atribuições à Corte de Cassação (ALVIM; DANTAS, 2019).

Durante o século XIX, com o declínio do espírito universalista e com o desenvolvimento do nacionalismo, a codificação, base do *civil law*, afastou-se de seu propósito inicial, de enunciar os princípios comuns do direito natural. A codificação e todo o movimento posterior originaram uma atitude de positivismo legislativo, ao mesmo tempo que de nacionalismo jurídico (CORTÊS, 2012).

Como o Estado liberal é, sobretudo, constitucional, compreendendo-se por trás dessa estrutura o desejo de conferir uma configuração normativa e institucional à convivência humana, é na Constituição que se inscreve tanto a declaração de direitos e liberdades quanto a anatomia dos poderes estatais constituídos – Judiciário, Executivo e Legislativo – com flagrante prevalência do último, de modo que a elaboração da lei, fruto da vontade geral, tornou-se a atividade central do Poder legislativo (ALVIM; DANTAS, 2019).

De acordo com English (1996), este tempo do Iluminismo tranquilamente se assentou na ideia de que deveria ser possível estabelecer uma clareza e segurança jurídica absolutas através de normas rigorosamente elaboradas, e especialmente garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões judiciais e a todos os atos administrativos. O postulado central tornou-se a estrita vinculação do juiz à lei, conforme English (1996, p. 206):

A desconfiança que haviam chamado sobre si os juízes no período da justiça do arbítrio e de gabinete (quer dizer, de uma justiça que se acomodava às instruções dos senhores da terra) e, por outro lado, a adoração da lei animada por um espírito racionalista, fizeram com que a estrita vinculação do juiz à lei se tornasse no postulado central.

Neste cenário, a Corte de Cassação foi moldada como órgão localizado fora do Poder Judiciário, responsável por manter a pureza da lei, afastando dela tentativas de deturpar o seu sentido. O objetivo maior do sistema, segundo Alvim e Dantas (2019, p. 310) “era a manutenção da segurança jurídica, que, à época, identificava-se com a preservação do *status quo*. Com isso, pretendia-se assegurar o desenvolvimento das estruturas econômicas que orientavam a revolução”. Nos chamados tribunais de cassação, originados, historicamente, no direito francês e italiano, só se apurava a violação ao direito objetivo, pela decisão recorrida, seguida do reenvio da causa ao órgão *a quo* para rejuízo (ALVIM; FERREIRA, 2019).

A evolução de nosso recurso extraordinário revelou que sua função era quase tão *nomofilática* quanto a do recurso de cassação de índole tipicamente européia (ALVIM;

DANTAS, 2019). A palavra *nomofilático*, talhada inicialmente para definir aquele recurso projetado para proteger a lei, “pode ser subtraída da ideologia maniqueísta em que foi concebida, de modo a significar, nos dias de hoje, simplesmente manutenção da inteireza do *direito*, e não mais estritamente da lei.” (DANTAS, 2012, p. 40).

Mitidiero (2017) concorda com a atualização do termo, prevendo que a *nomofilaquia* do recurso dirigido à Corte Suprema consubstancia-se, assim, na persecução da unidade do Direito mediante sua adequada interpretação. Sobre esta importante função de uma corte suprema explica o autor (MITIDIERO, 2017, p. 80):

A promoção da unidade do Direito realiza-se, de um lado, com a orientação da sociedade civil a respeito do significado do Direito em determinado caso e efetiva vinculação de todo o Poder Judiciário ao sentido outorgado ao Direito pela Corte Suprema a partir de determinada causa, e, de outro, pelo adequado desenvolvimento do Direito diante das novas necessidades sociais.

Salvatore Satta (2003), referindo-se ao recurso de cassação na Itália, ressalta a contradição em que incorria o fim nomofilático clássico do instituto, pois era evidente o interesse público na proteção da lei e na busca da uniformidade da jurisprudência, mas que dependia de uma provocação das partes processuais para se manifestar no sistema.

Michelle Taruffo (1991) chama a contradição citada de um problema (uma crise de identidade do Tribunal de Cassação), pois o recurso oscilaria entre dois modelos: o primeiro modelo “de uma corte de terceira instância” e o segundo modelo de uma “Corte Suprema”⁵⁰. Assevera o autor que “no primeiro o fator dominante consiste em ver a Cassação como o terceiro grau do regime de recursos, enquanto no segundo o fator dominante consiste em ver o Tribunal como a cúpula da jurisdição e o garantidor final da legalidade” (TARUFFO, 1991, p. 158, tradução nossa).⁵¹

Alvim e Dantas (2019) visualizam o mesmo caráter ambíguo ou contraditório em nosso recurso extraordinário, ou seja, nossa Corte Suprema funciona tanto como uma nova instância no julgamento de um recurso extraordinário admitido, como Corte Suprema, ao lhe caber neste ofício garantir a integridade do direito constitucional brasileiro (ou a “guarda da Constituição”, como prescreve a Constituição Federal de 1988). Para os autores, a instituição da Repercussão Geral tenderia a eliminar esta contradição (ALVIM; DANTAS, 2019, p. 303):

⁵⁰ Veremos com mais detalhes estes modelos descritos por Taruffo no capítulo seguinte.

⁵¹ No original: “nel primo il fattore dominante consiste nel vedere la Cassazione come il terzo grado del sistema delle impugnazioni, mentre nel secondo il fattore dominante consiste nel vedere la Corte come vertice della giurisdizione e ultimo garante della legalità.

É de se notar que, ao longo da história, as funções clássicas dos recursos dirigidos aos tribunais de cúpula oscilaram ora no sentido da tutela do *jus constitutionis*, ora no do *ius litigatoris*. Quando, no início do século XIX, por obra de Napoleão Bonaparte, a *Cour de Cassation* francesa passou a integrar o Poder judiciário, suprimindo-se o *référé facultatif* (instrumento mediante o qual o Parlamento procedia à interpretação autêntica dos textos legais) e concedendo-se-lhe poderes para interpretar o direito, viu-se nesse movimento um passo no sentido de aproximar a cassação francesa do *ius litigatoris*. No Brasil, tradicionalmente se estabeleceu o equilíbrio entre os dois valores; no entanto, [...] a repercussão geral representa significativo passo no sentido do esvaziamento da proteção ao *ius litigatoris* e o prestígio da tutela ao *ius constitutionis*.(Destques no original).

Para Tunc (1978) trata-se de uma realidade constatada em quase todos os tribunais superiores. Para ele os tribunais supremos no direito comparado oscilam entre os modelos de cortes de terceiro grau e tribunais de cassação. A Corte de Cassação Francesa estaria mais próxima do primeiro modelo; já a Câmara dos Lordes (no formato anterior à reforma que lhe tirou a competência de tribunal constitucional) e a Suprema Corte dos Estados Unidos estariam mais próximos do segundo modelo. Para o autor, nenhum dos dois modelos pode ser tachado de ideal. O mais próximo do ideal seria aquele que dentro da realidade de cada país apresentasse menos inconvenientes e ao mesmo tempo oferecesse mais vantagens (TUNC, 1978).

3.2 As origens do recurso extraordinário no Brasil

A Constituição brasileira de 1891 previu apenas o controle difuso de constitucionalidade. Por isso a principal justificação do STF consistia em sua competência recursal, além da competência originária em causas que pusessem em jogo o regime federal (ALVIM; DANTAS, 2019).

O controle concentrado de constitucionalidade foi instituído no Brasil somente em 1965, transformando nosso sistema de controle de constitucionalidade em híbrido, no qual convivem as duas formas de controle (MANCUSO, 2015).

A denominação “Supremo Tribunal Federal” foi adotada na Constituição Provisória publicada com o Decreto n.º 510, de 22 de junho de 1890, e repetiu-se no Decreto n.º 848, de 11 de outubro do mesmo ano, que organizou a Justiça Federal. A Constituição promulgada em 24 de fevereiro de 1891, que instituiu o controle da constitucionalidade difuso das leis, dedicou ao Supremo Tribunal Federal os artigos 55 a 59. O recurso ao STF incluía a competência para julgar litígios em que se contestava, em controle difuso, tanto a acusação de infração à Constituição quanto à lei federal (MANCUSO, 2015).

Já descrevemos, com base em Silva (1963), que a Federação brasileira estabeleceu-se com a Constituição de 1891. E que na época, as instituições norte-americanas constituíram-se em modelo para as brasileiras. Afirma Silva: “É compreensível que se tenha de lá tirado, também, o Recurso Extraordinário” (SILVA, 1963, p. 30).

O fato é que partimos do unitarismo para a forma federativa, num processo inverso ao da federação americana; esta formou-se da união de Estados soberanos, os quais conferiram, à União, parte de sua competência (SILVA, 1963). Isto explica o fato de nos Estados Unidos ser diminuta a competência do poder central e ampla a dos Estados. E no Brasil, ao contrário, ser diminuta a competência das unidades decorrentes do fracionamento artificial do Estado central (SILVA, 1963). Ou seja, a maior parte da tarefa governamental na federação brasileira sempre coube (o que persiste até hoje) ao governo central (União). Desde a Constituição de 1891 até os dias de hoje pouco restou aos Estados membros quanto à normatividade do Direito. O direito aplicado nos tribunais recursais de segunda instância (sejam estaduais, sejam federais), em sua maioria, é direito federal. E os recursos tem um caminho natural: os tribunais superiores federais.

3.2.1 O início da “crise no Supremo”.

No período entre 1934 e 1988, era evidente que a concentração de poderes na União acabava se refletindo no órgão encarregado por zelar pela integridade do direito federal constitucional e infraconstitucional, o STF. Ficou claro para o STF o problema que decorria do nosso modelo federal: uniformizar sozinho uma vasta gama de ramos de direito federal aplicado por tribunais diversos, estaduais e federais, conforme descreve Alvim e Dantas (2019, p. 313):

Como a competência de legislar tanto sobre direito material (civil, penal, comercial, agrário, eleitoral) quanto sobre direito formal (processual civil e penal) era da União, *ex vi* dos incisos XIX do art. 5.º da Constituição de 1934; XV do art. 5º da Constituição de 1946 e XVII do art. 8.º da Constituição de 1967, de plano é possível concluir que o elo federativo era incompleto nesse tocante, havendo unidade do direito nacional. Essa unidade do direito nacional, decerto, repercutia intensamente na dificuldade de uniformização da jurisprudência, pois o que se via era todos os tribunais dos Estados federados, além dos tribunais federais, interpretando os mesmos diplomas legais, e, em não raros casos, completamente alheios à jurisprudência firmada pelo STF.

Conforme percebe Silva (1963), em realidade, pelo menos substancialmente, não se pode dizer, desde a primeira constituição da República brasileira, e em face do sistema constitucional brasileiro, que exista justiça federal e justiça estadual. A unidade do sistema

jurídico brasileiro impossibilita dois sistemas jurisdicionais, um federal e outro estadual. Uma jurisdição estadual em sentido próprio, local, mesmo após a Constituição de 1988, não existe. Justiça federal e justiças estaduais inexistem, separadamente, no nosso sistema federativo, pois nosso direito é uno. Conclui acertadamente o mestre, em termos ainda atuais (SILVA, 1963, p. 8 e 9):

Por agora, convém fixar que temos uma Federação simplesmente no plano administrativo e no legislativo; assim mesmo com caráter moderado. Não no plano judiciário, embora a Constituição Federal, num erro de técnica, tenha querido instituir uma Justiça estadual, erigindo os seus princípios em clave diferente da do Poder Judiciário Federal.

Ora, a Constituição outorgou à União competência exclusiva para legislar sobre o Direito nacional, tanto o material como o formal. Em outras palavras, estabeleceu a unidade do Direito nacional. Temos uma Federação político-administrativa, mas não uma Federação jurídica, como, por exemplo, é a Federação americana, onde continua a existir, também, uma Federação de ordens jurídicas. Cada Estado-membro, entre os americanos, constitui uma ordem jurídica própria, com seu direito material e formal diferente do das demais, a par de uma ordem jurídica federal de princípios gerais, tuteladora de interesses especificamente federais, sobrepassando sobre as contingências regionais, para proteger a comunhão e a ordem geral. Disto deflui a necessidade de uma ordem judiciária peculiar a cada Estado federado e outra federal, porque o Direito a aplicar, em cada comunidade regional autônoma, é diferente do da outra, e todos diferentes do Direito federal americano.

Visto que o recurso extraordinário tinha (e tem) a peculiaridade de ser exercitável em qualquer dos ramos do direito objetivo onde houvesse “questão federal ou constitucional”, é compreensível que nessa alta Corte se tenha instalado um formidável acúmulo de processos, problema que, agregado à demora no efetivo enfrentamento, com o tempo se tornou crônico, passando a ser referido como a “crise do Supremo” (MANCUSO, 2015). História o professor Mancuso (2015, p. 79):

Em modo consonante, Carlos Robichez Penna, escrevendo em meados dos anos oitenta do século passado, aponta que a crise em questão ‘nasceu do fantástico número de processos que anualmente dão entrada no Protocolo da Corte, principalmente os recursos extraordinários e seus recursos conexos (agravo de instrumento, arguições de relevância, e embargos de declaração e divergência)’. O autor refere que em 1891 deu entrada no STF o Recurso Extraordinário n. 1; em 1904, a média anual deu em 26; em 1933, montou a média em 55; já em 1960, ano em que o STF transferiu-se para Brasília, ‘foram julgados 5.946 recursos extraordinários, quantidade que já à época foi considerada excessiva e preocupante por seus juízes’. O crescimento avantajou-se quase em ‘progressão geométrica’, sendo que o relatório anual de 1985 ‘informa terem sido julgados 17.798 processos diversos’. Robichez Penna observava que ‘17.000 processos-ano julgados por onze Ministros importa em 4,2 processos/dia, por Ministro, contando-se os sábados, domingos, feriados, recessos e as férias de janeiro e julho, ocasião em que se supõe que seus membros devam desfrutar de uma forma qualquer de lazer e descanso. [...] A crise do Supremo Tribunal Federal é, portanto, uma crise de quantidade, que deve ser refreada sob pena de inviabilizar a entidade em mais alguns anos’.

Já a doutrina de Alcino Salazar (1960) alertava que o problema do assoberbamento do STF era impactante para a federação. Segundo o mestre, se o órgão supremo do Poder Judiciário está em crise; se o exercício de sua atividade é obstaculizado, que não se desenvolve com a indispensável regularidade e eficácia – esse desajustamento se reflete inevitavelmente no organismo do sistema. É todo o sistema político que se abala. Toda a ordem jurídica se compromete. Descreve o mestre em minúcias a crise na primeira metade do Século XX (SALAZAR, 1960, p. 65):

Crise do Supremo Tribunal Federal?

À constatação de fato e a designação que lhe foi dada ocorreram no seio do próprio egrégio e alto corpo judicante. Já há mais de 40 anos Pedro Lessa, que lhe deu brilho excepcional e cujo altíssimo nome ainda agora recebe no país as maiores e mais justas homenagens, falando do Supremo Tribunal, no seu conhecido livro ‘Do Poder Judiciário’, aludia, textualmente, ao ‘superabundante trabalho que o oprimia e à protelação da decisão dos feitos sob seu julgamento’, e indicava a conveniência de ‘desafogar o S. T. F. de parte dos seus trabalhos no interesse da celeridade ou da menor lentidão, nos julgamentos, concluindo com a severa observação de que era ‘já insuportável a lentidão com que se decidiam as causas federais’. Daí por diante se reproduziram, com ênfase crescente, as manifestações, no mesmo sentido, dos próprios eminentes Ministros do excelso Tribunal, principalmente seus venerandos presidentes. Cerca de 20 anos depois um desses grandes chefes do nosso Poder Judiciário, o Presidente Edmundo Lins, punha maior veemência nos seus apelos pela reclamada solução de desafogo, chegando a lançar a desolada exclamação de que então só faltava que clamassem as pedras das calçadas! E nos últimos 20 anos, notadamente após o advento, em 1940, do Código de Processo Civil, as coisas não se alteraram senão para pior, a despeito da criação, em 1946, do Tribunal Federal de Recursos, ao qual passou uma parte das causas da competência do Supremo Tribunal. No relatório referente ao ano de 1952 o Presidente José Linhares assinalava a contínua e progressiva elevação do número de processos entrados no Tribunal durante o decênio; e mencionava o esforço também crescente dos srs Ministros, que chegaram a proferir, naquele ano, 4.187 julgamentos, proporção que qualificou de surpreendente e nunca alcançada em anos anteriores. No ano seguinte registrou um maior número de decisões (4.464) contra, porém, uma soma ainda maior de processos entrados (4.903). E deu notícia, no relatório daquele ano, (1953) de deliberação tomada pelo colendo Tribunal oferecendo sugestões para ‘a debatida questão da maior demora no julgamento dos feitos’ com a afirmação de que ‘a crise do Supremo Tribunal Federal’ agrava-se cada ano com o progressivo aumento dos feitos submetidos a seu conhecimento, e recomendando ‘para solução da crise’, a redução das atribuições do tribunal, ‘ao que for indispensável para o exercício de sua função essencial’.

Ao longo de sua existência o STF conviveu com um assoberbamento de recursos extraordinários e com tentativas de solucionar o que se denominou de “Crise do Supremo”. Estas tentativas, em sua maioria, se constituíram em reformas constitucionais com o fim de redistribuir e redefinir competências e atribuições dos órgãos judiciários da União, como é exemplo a já citada criação do controle concentrado de constitucionalidade em 1965. Dentre estas tentativas, destacaremos no capítulo 6 a Arguição de Relevância, a criação do STJ e o aumento do número de ministros.

3.3 Os escopos dos recursos aos tribunais de vértice

3.3.1 Fontes históricas

Fontes históricas de um instituto jurídico é, de certo modo, segundo Silva (1963), um aspecto de suas fontes formais. “De certo modo, porque no evolver histórico é que um instituto se vai aperfeiçoando, com o recolher, em suas formas, os elementos fático-axiológicos que lhe integram o conteúdo jurídico” (SILVA, 1963, p. 20).

É nesse processo dialético que se vão realizando os valores do Direito, sem que nunca se esgotem, porque, em cada momento histórico, mais se enriquecem de conteúdo humano. E o caráter do Recurso Extraordinário foi, com o tempo, e lentamente, transformando-se. E não podia deixar de ser assim, porque, instrumento político-constitucional federativo, tinha que acompanhar a evolução de nosso sistema federativo (SILVA, 1963).

Já descrevemos como o *Writ of error* foi incorporado à legislação americana, onde, com a organização da Federação em 1787, se transformou em instrumento de unidade do Direito federal e, sobretudo, de manutenção da supremacia da Constituição Federal americana.

Nos termos em que o Recurso Extraordinário entrou na legislação brasileira, reconheceu-se, nitidamente, sua filiação ao Direito saxônico, através do citado *Writ of error* dos americanos. Desta forma, não é exagero dizer que o recurso extraordinário é formal e essencialmente inglês.

3.3.2 Os escopos dos tribunais de vértice

A Emenda Constitucional n. 45, de 08/09/2004 (BRASIL, 2004), introduziu no art. 102 da CF o § 3º, exigindo, para conhecimento do recurso extraordinário a demonstração da “repercussão geral” da controvérsia constitucional. A exigência da demonstração da relevância (repercussão) e da transcendência (geral) da questão constitucional debatida como condição de admissibilidade do recurso extraordinário concorre para a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, estimulando a compatibilização vertical das decisões judiciais, prestando homenagem ao valor da igualdade e perseguindo a racionalização da atividade judiciária (MITIDIERO; MARINONI, 2008).

A Repercussão Geral foi criada como o intuito de que o Supremo Tribunal Federal concentre-se nos julgamentos de recursos extraordinários que tenham mais afinidade com os objetivos institucionais deste tribunal. Assim como o STF não é simplesmente mais um tribunal, e sim a Corte Suprema, encarregada de manter o império e a unidade do direito constitucional, também o recurso extraordinário não configura mais uma possibilidade de impugnação, e sim o remédio de cunho político-constitucional, que permite ao STF dar cumprimento à elevada missão (CF, art. 102, caput) de guarda da Constituição (MANCUSO, 2015). O § 1º do art. 1035 do CPC/2015 (BRASIL, 2015), que regulamentou o novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário, prescreveu que, para efeito de 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 do processo.

Deve-se somar a esta providência reformista a instituição da possibilidade de eficácia vinculante das decisões proferidas em recurso extraordinário, a fim de se dar força aos motivos determinantes (*ratio decidendi*) das decisões, viabilizando o alcance da estabilidade imprescindível à racionalidade de qualquer sistema (como o brasileiro) que dá aos seus juízes o poder de realizar o controle da constitucionalidade diante dos casos concretos (MARINONI, 2014).

O controle difuso exige que os precedentes da Corte que dá a última palavra acerca da questão constitucional sejam obrigatórios. Não se trata de mera opção técnica, ainda que ótima à eficácia da distribuição da justiça, mas de algo que, quando ausente, impede a própria racionalidade do controle de constitucionalidade (MARINONI, 2010; MITIDIERO, 2012).

Para sabermos qual o escopo dos recursos dirigidos aos tribunais que ocupam o vértice de um sistema jurisdicional de um Estado Constitucional devemos saber primeiro qual os escopos destes tribunais. Ou melhor, devemos primeiro responder à seguinte pergunta: em um sistema realmente preocupado com a promoção da igualdade e da segurança jurídica (e, portanto, com a tutela efetiva de direitos), qual o papel que os tribunais que ocupam o vértice da estrutura judiciária devem nele desempenhar? (MITIDIERO, 2012)

O processo civil é um meio para a tutela de direitos, tanto em uma dimensão particular mediante decisão justa e adequada efetivação, como em uma dimensão geral mediante a formação de precedentes voltadas para a unidade do Direito (MITIDIERO, 2012).

Em uma dimensão particular, o direito ao processo justo implica em um direito à organização de procedimentos que permitam à sua obtenção (MITIDIERO, 2014). Desta forma, é imprescindível que o STF seja visto, em uma divisão de funções, como uma verdadeira corte Suprema concentrada primordialmente naquela dimensão geral (MITIDIERO, 2012), não na dimensão particular.

A passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional acarretou uma tríplice alteração no que concerne à compreensão do Direito. Essas três mudanças fizeram com que o processo deixasse de ser pensado simplesmente com perfil subjetivo, pré-ordenado somente para a resolução de casos concretos em juízo (MITIDIERO, 2014). A primeira mudança concerne à teoria das normas. No Estado Legislativo, pressupunha-se que toda norma era sinônimo de regra. No Estado Constitucional, a teoria das normas articula-se em três grandes espécies: princípios, regras e postulados. A segunda mudança refere-se à técnica legislativa. Passa-se de uma legislação redigida de forma casuística para uma legislação em que se misturam técnica casuística e técnica aberta (MITIDIERO, 2012). No Estado Constitucional o legislador redige suas proposições ora prevendo exatamente os casos que quer disciplinar, ora empregando termos indeterminados (como é exemplo a Repercussão Geral). A terceira mudança atine ao significado da interpretação jurídica (ÁVILA, 2007). Parte-se do pressuposto de que a atividade jurisdicional constitui-se uma atividade de reconstrução do sentido normativo das proposições e dos enunciados fático-jurídicos, à vista do caráter não cognitivista e lógico argumentativo do Direito (MITIDIERO, 2014). Neste sentido, segundo Humberto Ávila (2007, p. 30): “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos”. Complementa o mesmo autor afirmando que “a atividade do intérprete consiste em constituir esses significados, sem ignorar que há sentidos que preexistem ao processo particular de interpretação” (ÁVILA, 2007, p. 30).

Desta mudança evidenciou-se a vocação de nosso tempo para jurisdição, ou, mais precisamente, para o processo. O processo civil passou a responder não só pela necessidade de resolver casos concretos mediante a prolação de uma decisão justa para as partes, mas também pela promoção da unidade do direito mediante a formação de precedentes (MITIDIERO, 2014).

A finalidade do processo no Estado Constitucional responde a dois fundamentos bem evidentes: a dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica (MITIDIERO, 2012). Levando em consideração esses dois elementos é possível visualizar dois importantes

discursos (o de prolação de uma decisão justa para as partes e o de promoção da unidade do direito) que o processo civil deve ser capaz de empreender na nossa ordem jurídica a fim de que essa se consubstancie em uma ordem realmente idônea para tutela dos direitos (MITIDIERO, 2014). A partir desta dupla perspectiva é que se mostra possível distribuir adequadamente as competências entre cortes judiciárias em um Estado Constitucional e determinar a competência dos tribunais de vértice (MITIDIERO, 2012).

3.3.2.1 Dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica

A República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito que se funda na segurança jurídica (art. 1.º, caput, CF/1988) e na dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, CF/1988). Dignidade da pessoa humana e segurança jurídica são dois *princípios fundamentais* da nossa ordem jurídica. Esses dois princípios fundamentam a organização dos processos judiciais destinados à tutela dos direitos mediante a prolação de uma decisão justa e a formação de precedentes judiciais (MITIDIERO, 2014).

Daí que a tutela dos direitos que deve ser promovida pelo processo tem uma dupla direção – dirige-se às partes no processo e à sociedade em geral. Os meios de que se vale o processo para obtenção desse escopo são igualmente dois: a decisão justa – acompanhada, em sendo o caso, de todas as técnicas executivas adequadas para sua efetividade – e o precedente judicial. Tutela-se os direitos no processo, portanto, tanto em uma dimensão particular como em uma dimensão geral (MITIDIERO, 2014). Complementa o professor Mitidiero asseverando que, solidariamente implicados, dignidade da pessoa humana e segurança jurídica impõem a tutela dos direitos, finalidade do processo civil no Estado Constitucional (MITIDIERO, 2014, p. 19).

A **dignidade da pessoa humana** impõe a necessidade de considerarmos a tutela dos direitos como fim do processo. A juridicidade pela qual se pauta o Estado constitucional – isto é, o seu parâmetro jurídico de atuação e a efetiva atuabilidade dos direitos – assegura imediatamente a necessidade de uma decisão justa como meio particular para obtenção da tutela dos direitos. O foco direto aí são as partes no processo. A **segurança jurídica** impõe imediatamente a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo mediante a formação e o respeito aos precedentes como meio geral para obtenção da tutela dos direitos. O foco direto aí é a ordem jurídica e a sociedade civil como um todo. Solidariamente implicados, dignidade da pessoa humana e segurança jurídica impõem a tutela dos direitos como a finalidade do processo civil no Estado Constitucional. (Destaquei).

Os direitos humanos, lastreados na dignidade da pessoa humana, são direitos naturais, inerentes a qualquer ser humano, reconhecidos por meio de instrumentos de direito

internacional, como os Tratados da ONU (Organização das Nações Unidas) e da OEA (Organização dos Estados Americanos). Tais direitos essenciais a partir de quando positivados internamente nos ordenamentos jurídicos das nações, por meio de suas cartas magnas, passam a receber a denominação de direitos fundamentais (SARLET, 2006).

Define, enfim, Ingo Sarlet (2006) a dignidade da pessoa humana reunindo sua perspectiva ontológica e instrumental e destacando tanto sua necessária faceta intersubjetiva quanto a sua dimensão negativa (defensiva) e positiva (prestacional). Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana é (SARLET, 2006, p. 60):

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

No que aqui pertine, a colocação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado constitucional impõe uma teorização e efetivação do direito a partir da pessoa humana e não a partir do Estado. Dito de outro modo, o reconhecimento da pessoa humana como fundamento da ordem jurídica revela que o Estado é uma organização política que serve o homem (MITIDIERO, 2014) e que, portanto, “não é o homem que serve os aparelhos político-organizacionais, mas estes que servem aquele” (MITIDIERO, 2014, p. 20). No mesmo sentido a Exma Ministra do STF Carmem Lúcia Antunes defende, em obra doutrinária, uma nova forma de pensar e experimentar a relação sócio-política baseada no sistema jurídico a partir da adoção do princípio da dignidade da pessoa humana pelo constitucionalismo contemporâneo (ANTUNES, 2009).

Neste passo, Pinto (1999, p. 151) sustenta que da:

garantia da dignidade humana decorre, desde logo, como verdadeiro imperativo axiológico de toda a ordem jurídica, o reconhecimento de personalidade jurídica a todos os seres humanos, acompanhado da previsão de instrumentos jurídicos (nomeadamente, direitos subjetivos) destinados à defesa das refrações essenciais da personalidade humana, bem como a necessidade de proteção desses direitos por parte do Estado.

A prioridade da pessoa humana em nossa ordem constitucional em detrimento do Estado é evidente. A maneira como a nossa Constituição foi ordenada é ilustrativa neste ponto. Como observa Mitidiero, pela primeira vez em nosso constitucionalismo, a

Constituição inicia arrolando princípios fundamentais para logo em seguida proclamar direitos e garantias fundamentais. “Somente depois de cuidar da pessoa e de seus direitos é que a Constituição se ocupa da organização do Estado (arts. 18 a 43, CF/1988) e da organização dos Poderes (arts. 44 a 135, CF/1988)” (MITIDIERO, 2014, p. 21).

A segurança jurídica, nos termos de Mitidiero (2014, p. 21) “consubstancia-se ao mesmo tempo em fundamento do Estado Constitucional e função que deve ser por ele desempenhada a fim de viabilizar condições institucionais para autodeterminação da pessoa e desenvolvimento da vida social”. Ou seja, a segurança jurídica é um princípio instrumental sem a qual inexistente o império da juridicidade inerente ao Estado constitucional (MITIDIERO, 2014). É instrumento de realização de outros fins: de um lado, dos direitos fundamentais de liberdade, porque sem estabilidade e sem calculabilidade da atuação estatal, o indivíduo não tem como exercer o direito de autodeterminação livre da sua vida digna; de outro lado, das finalidades estatais, tendo em vista que o exercício da ação e do planejamento estatal, a médio e a longo prazo (arts. 70 e ss da CF), pressupõe uma permanência de regras válidas (ÁVILA, 2014). O caráter instrumental da segurança jurídica leva a consequências importantes na cognoscibilidade e calculabilidade que a segurança jurídica empresta ao sistema legal, sem o qual o princípio da segurança perde tal instrumentalidade (ÁVILA, 2014).

Dado o caráter cultural e lógico-argumentativo do Direito, que o coloca em uma situação de permanente desenvolvimento e superabilidade (MITIDIERO, 2014), a segurança jurídica deve ser compreendida em seus aspectos materiais como cognoscibilidade (em vez de determinação), confiabilidade (em vez de imutabilidade) e calculabilidade (em vez de previsibilidade) do Direito (ÁVILA, 2014).

As razões teóricas que conduzem à cognoscibilidade dizem respeito à indeterminação da linguagem: não há como sustentar que esta possa apresentar significados totalmente prontos antes mesmo de sua interpretação (ÁVILA, 2014). Isso não quer dizer que a linguagem normativa não contenha núcleos de significação já determinados pela atividade doutrinária e jurisprudencial. Nesse sentido, a ideia de cognoscibilidade deve ser reconhecida como a capacidade de o cidadão ter acesso material e intelectual ao conceito normativo, ainda que se saiba que esse conceito, embora apresente um *halo* de certeza ou núcleo de significação, pode apresentar, em maior ou menor medida, margens de indeterminação (ÁVILA, 2014).

As razões normativas que conduzem à cognoscibilidade concernem a normas jurídicas que, de algum modo, se contrapõe à determinação absoluta: a regra de legalidade deve ser conjugada com vários outros princípios, como o democrático e o da separação dos poderes (ÁVILA, 2014). É preciso viabilizar o conhecimento e a certeza do Direito, sem os quais não se pode saber exatamente o que detém segurança, e o que não a detém (MITIDIERO, 2014).

Da confiabilidade, em vez de imutabilidade, porque “o Direito deve ser estável e não sofrer quebras abruptas e drásticas” (MITIDIERO, 2014, p. 23). Por que a CF/88, a par de prever cláusulas pétreas, que tornam mais difícil a mudança, prevê o princípio do Estado Social de Direito, o qual exige que o Estado cumpra sua função planificadora e indutora da sociedade, realizando mudanças sociais, como, por exemplo, a distribuição de riquezas. Tais mudanças, todavia, devem assegurar estabilidade e continuidade normativas, visto que os direitos de propriedade e liberdade pressupõe um mínimo de permanência de regras válidas (ÁVILA, 2014).

Outro aspecto material através da qual a segurança jurídica deve ser compreendida é a calculabilidade, em vez de previsibilidade absoluta. Significa a “capacidade de antecipar as consequências normativas ligadas aos atos e fatos jurídicos e das eventuais variações da ordem jurídica” (MITIDIERO, 2014, p. 23). Porque, apesar de a CF/88 conter uma série de regras destinadas a permitir uma antecipação da ação estatal, como são exemplos as regras da legalidade e da anterioridade tributária, a natureza do Direito, traduzido em linguagem largamente indeterminada e dependente de processos argumentativos para a reconstrução de sentidos, impede a existência de univocidade dos seus enunciados (ÁVILA, 2014).

Cabe destacar que a adoção de um conceito de segurança jurídica vinculado a um estado de calculabilidade não implica a ausência de controle das previsões. O Direito, ao contrário de ser um simples objeto cuja a realização independe de estruturas argumentativas, ou uma simples atividade argumentativa sem qualquer decorrência de significados normativos que o antecedem: “é uma espécie de ‘objeto-atividade’, pois requer, para a sua realização, a reconstrução de significados e de estruturas argumentativas de legitimação e de fundamentação” (ÁVILA, 2014, p. 268). Afinal, não há como negar o caráter argumentativo do Direito. Neste sentido também Dworkin (2014, p. 17): “O direito é, sem dúvida, um fenômeno social. Mas sua complexidade, função e consequências dependem de uma

característica especial de sua estrutura. Ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é argumentativa”.

Humberto Ávila (2014) adverte que o caráter instrumental da segurança jurídica leva a um ajuste importantíssimo no conceito de cognoscibilidade e de calculabilidade, sem o qual o princípio da segurança jurídica perde tal instrumentabilidade. Define a cognoscibilidade como “a capacidade de compreensão das alternativas de sentido reconduzíveis a um texto normativo”, e a calculabilidade, como “a capacidade de antecipar o espectro de consequências alternativamente aplicáveis a atos ou a fatos e o espectro de tempo dentro do qual a consequência será efetivamente aplicada” (ÁVILA, 2014, p. 280). Neste contexto, indaga o professor, “haverá cognoscibilidade se alternativas normativas de sentido forem em elevado número? Existirá calculabilidade se os espectros de consequências e de tempo forem excessivamente amplos?” E responde negativamente, tendo-se em vista que a generalidade de uma previsão, quando excessiva, implica na falta de informação e essa impossibilita o planejamento (ÁVILA, 2014).

A segurança jurídica, por depender tanto de uma dimensão lógico-semântica quanto de uma dimensão pragmática do processo argumentativo de fundamentação, deve ser entendida, assim, como uma segurança jurídica processualmente dependente (ÁVILA, 2014).

Por fim, nunca é demais enfatizar que o sentido da palavra “segurança” na CF/88 denota segurança “jurídica”, e não só “física”. Ou seja, ao instituir, em seu preâmbulo e art. 1º um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar a “segurança” como valor, a Constituição refere-se a um objetivo social que ultrapassa a dimensão meramente psicológica ou física (ÁVILA, 2014).

Em face de todas as considerações anteriores, Ávila complementa e conceitua a segurança jurídica como sendo uma norma princípio indutora dos poderes constituídos. Mais especificamente (ÁVILA, 2014, p. 282):

Uma norma-princípio que exige, dos poderes legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídica, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídicoracional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro.

A conjugação da dignidade da pessoa humana com a segurança jurídica impõe a necessidade de pensarmos o processo como meio para viabilização da tutela dos direitos (MITIDIERO, 2014). E mais do que isso, em um Estado Constitucional contemporâneo que almeja a legitimidade, essa combinação aponta para necessidade de o processo se estruturar de modo a tornar possível a obtenção desse escopo em uma perspectiva tanto particular como geral. Vale dizer: mediante a prolação de uma decisão justa para as partes e a formação e respeito aos precedentes (através de tribunais supremos) para orientação da sociedade como um todo (MITIDIERO, 2014).

O processo civil no contexto de um Estado constitucional deve ser compreendido como meio para tutela dos direitos, e essa tutela deve ter uma dupla direção (partes e sociedade) e servir-se de um duplo discurso (decisão justa e promoção da unidade do Direito através do respeito ao precedente judicial) (MITIDIERO, 2014). Desta forma, torna-se imprescindível, de um lado, colocar em uma perspectiva crítica os mais diversos fins já colimados ao processo civil ao longo da história, e, de outro, aferir de que modo o processo deve estruturar-se para comportar o duplo discurso que visa à promoção da tutela efetiva dos direitos (MITIDIERO, 2014).

3.4 Dos fins colimados ao processo civil ao longo da história

Uma das justificativas (de que se ocupa o capítulo) para a criação da Repercussão Geral é a necessidade de reservar a capacidade do nosso tribunal supremo a apenas um dos dois discursos a que deve servir o processo (o da promoção da unidade do Direito através do respeito ao precedente judicial). Ao outro discurso (decisão justa) devem ser habilitadas as demais instâncias inferiores. O tópico presente tenta trazer subsídios à afirmação da historicidade do direito, e às conclusões sobre direito e processo.

Quanto ao Direito fazer parte da história e da cultura assevera Marinoni (2014, p. 43): “Se as teorias da jurisdição constituem espelhos dos valores e das ideias das épocas e, assim, não podem ser ditas equivocadas [...] certamente devem ser deixadas de lado quando não mais revelam a função exercida pelo juiz”. Mas cabe aqui, brevemente, descrever um pouco de história para permitir, a partir da origem, uma abordagem crítica do direito contemporâneo, no intuito de delimitar o atual escopo dos recursos aos tribunais de vértice nos estados constitucionais, e a relação de tal escopo com a instituição da Repercussão Geral no Brasil.

3.4.1 O Estado Liberal de Direito e o Positivismo

O Estado Liberal de Direito, diante da necessidade de frear os desmandos do regime que lhe antecedeu, erigiu o princípio da legalidade como fundamento para a sua imposição. Esse princípio elevou a lei a um *status* de ato supremo, objetivando eliminar as tradições jurídicas do absolutismo e do *ancien régime*. A administração e os juízes, a partir dele, ficaram impedidos de invocar qualquer direito ou razão pública que se chocasse com a lei editada (MARINONI, 2014).

O princípio da legalidade, porém, constitui apenas a forma, encontrada pela burguesia, de substituir o absolutismo do regime deposto. É preciso ter em conta que uma das ideias implantadas pelo princípio da legalidade foi a de que uma qualidade essencial de todas as leis é (além de impedir a violação das liberdades individuais) por limites à própria liberdade individual (MARINONI, 2014). E para haver intromissão na liberdade dos indivíduos seria necessária uma lei aprovada com a cooperação destes, através da representação popular. O império da lei converteu-se em império da representação popular.

Neste sentido, pode-se dizer que, “na Europa continental, o absolutismo do rei foi substituído pelo absolutismo da assembleia popular” (MARINONI, 2014, p. 24). O professor Marinoni contextualiza, defendendo que a assembleia parlamentar do direito francês manteve o absolutismo, mas substituiu o absolutismo do rei pelo absolutismo do princípio da legalidade, diferente do caminho seguido pelos países da *commom law*, que eliminaram o absolutismo totalmente. Para Marinoni, “no direito inglês a lei pôde ser conjugada com outros valores, dando origem a um sistema complexo – o *commom law* -, enquanto nos países marcados pelo princípio da legalidade o direito foi reduzido à lei” (MARINONI, 2014, p. 24).

Para Montesquieu, autor da obra que idealizou a teoria da separação dos poderes recepcionada pelo Estado Liberal, o poder de julgar deveria ser exercido através de uma atividade puramente intelectual, não produtiva de direitos novos. Os juízes deveriam ter mandato e deveriam ser pessoas tiradas do “corpo do povo”. O poder dos juízes ficaria limitado a afirmar o que já havia sido dito pelo legislativo, pois o julgamento deveria ser “apenas um texto exato da lei” (MONTESQUIEU, 2010, p. 170).

Os juízes anteriores à Revolução Francesa eram tão comprometidos com o poder feudal que se recusavam a admitir qualquer inovação introduzida pelo legislador que

pudessem prejudicar o regime. Talvez por isso o que se viu após a Revolução Francesa foi a absoluta supremacia do direito escrito; enquanto reduzia-se o judiciário a desempenhar uma tarefa puramente automática de aplicação da lei aos casos concretos. Essa circunstância logo provou ser fonte de problemas e dificuldades não menos sérias às que tentava solucionar, segundo o que descreve Capelletti (2001, p. 271):

Qualquer que tenha sido a real influência de Montesquieu na Revolução Francesa, essa ideia deveria tornar-se a parte central de sua ideologia. A Revolução proclamou, como um de seus primeiros princípios, a absoluta supremacia do direito escrito; do direito originado do *corps législatif* por representantes do povo, enquanto reduzia o judiciário a desempenhar uma tarefa puramente mecânica de aplicação da lei aos casos concretos. Naturalmente, também a fé roussoniana na "infallibilité" da "loi", como expressão da "volonté générale", encontrou sua maior expressão neste desdobramento revolucionário.

Na realidade, a estrita separação, "French style", dos poderes governamentais, se de inspiração realmente montesquiana ou não, estava a milhas de distância do tipo da separação dos poderes praticamente adotada ao mesmo tempo pela Constituição Americana. A separação dos poderes na América é melhor caracterizada como "pesos e contrapesos" e sob este princípio está reservado aos tribunais a função extremamente importante de rever atos do legislativo e da administração. "Séparation des Pouvoirs" no estilo francês, ao contrário, implicava que o judiciário deveria a qualquer preço assumir um papel totalmente subserviente, estritamente diverso do papel e da atividade dos órgãos políticos. Essa circunstância logo provou ser a fonte de problemas e dificuldades não menos sérias às que tentava solucionar. A história legal da França, através da maior parte do século XIX, é a ilustração contínua de tais problemas, tanto quanto de enormes esforços para achar soluções novas e mais apropriadas para os mesmos problemas. Com isso reduziu-se a função judicial a uma cega e inanimada máquina caça-níqueis de aplicação das leis a casos individuais, indiferente à realidade, isto é, ao fato de que nenhuma norma, lei, ou código poderiam ser tão claros e completos senão para permitir uma única e "correta" interpretação. (destaques do original)

A igualdade (formal), que não tomava em conta a vida real das pessoas, era vista como garantia da liberdade, isto é, da não discriminação das posições sociais, pouco importando se entre elas existissem gritantes distinções concretas. O Estado liberal⁵² tinha preocupação com a defesa do cidadão contra as eventuais agressões da autoridade estatal e não com as diferentes necessidades sociais. O ideal da supremacia do legislativo era o de que a lei e os códigos deveriam ser tão claros e completos que apenas poderiam gerar uma única interpretação, inquestionavelmente correta. A lei era bastante e suficiente para que o juiz pudesse solucionar os conflitos (MARINONI, 2014).

⁵² Cass Sustein defende que a importância do princípio da imparcialidade para o Direito Constitucional é extrema. Mas, em muitos casos, entretanto, transforma a exigência geral (a neutralidade do *status quo*) em uma barreira efetiva à ação do governo. Exemplifica com decisões do período Lochner, da Suprema Corte americana, que compreende os anos de 1905 a 1937, e que derrubou uma série de leis estaduais que se propunham a regular as relações entre empregados e empregadores (SUSTEIN, 2009, pag. 55).

O positivismo jurídico é tributário dessa concepção de direito, pois, partindo da ideia de que o direito se resume à lei, e, fruto exclusivo das casas legislativas, limita a atividade do jurista à atividade de descrição da lei e à busca da vontade do legislador (MARINONI, 2014).

Como movimento de ideias (europeu), o positivismo abarcou no século XIX mais ou menos todas as ciências do espírito. E a ciência do direito teve uma plena participação neste pendor, em seu entendimento caracterizado pelo empenho de banir toda a metafísica do mundo da ciência e restringir rigorosamente esta última aos fatos e à lei desses fatos, considerados empiricamente (LARENZ, 2012).

Se é certo que a jurisdição, no final do século XIX, encontrava-se totalmente comprometida com os valores do Estado Liberal e do positivismo jurídico, passa a importar a relação entre tais valores e a concepção de jurisdição como função voltada a dar atuação aos direitos subjetivos privados violados (MARINONI, 2014).

Na época, atuava a chamada Escola Exegética, que, além de ter sido influenciada pelo iluminismo, foi acentuadamente marcada pelo positivismo jurídico e, assim, pela ideia de submissão do juiz à lei. Esta orientação codicista alcançou a sua fase de ouro na França do século XIX. Sua formação positivista é indiscutível, pois identifica o Direito com o conteúdo do código, operando apenas no plano da dogmática jurídica (NADER, 1998). O racionalismo buscava a simetria, construção lógica perfeita, o que levou à utopia. Foi essa mesma simetria que conduziu os franceses à idolatria do Código de Napoleão (DINIZ, 2003).

A tendência de defesa da esfera de liberdade do particular aliada à tese de que apenas a supremacia da lei seria capaz de proteger esses direitos deram naturalmente à jurisdição a função de proteger os direitos subjetivos dos particulares mediante a aplicação da lei (MARINONI, 2014).

Mais precisamente, a jurisdição tinha a função de viabilizar a reparação do dano, uma vez que, nessa época, não se admitia que o juiz pudesse atuar previamente a uma ação humana violadora do ordenamento jurídico. Se a liberdade era garantida na medida em que o Estado não interferia nas relações privadas, obviamente não se podia dar ao juiz o poder de evitar a prática de uma conduta sob o argumento de que ela poderia violar a lei. Em

consequência, o conceito de jurisdição, nessa época, não abarcava a necessidade de tutela preventiva, ficando restrita à reparação do direito já violado (MARINONI, 2014).

3.4.2 A teoria de Chiovenda: a jurisdição como atuação da vontade concreta da lei

Giuseppe Chiovenda defendeu a autonomia da ação em face do direito subjetivo material. Ao desvincular a ação do direito material marcou o fim da era privatista do processo, e reafirmou a tendência do realce da natureza publicista do processo civil. A jurisdição, mergulhada no sistema de Chiovenda, é vista como função voltada à atuação da vontade concreta da lei. Neste sentido interpreta Marinoni (2014, p. 33):

Segundo Chiovenda, a jurisdição, no processo de conhecimento, ‘consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual não só das partes, mas de todos os cidadãos, pela atividade intelectual do juiz, ao afirmar existente ou não existente uma vontade concreta da lei em relação às partes’.

Chiovenda chegou a dizer que, como a jurisdição significa a atuação da lei, ‘não pode haver sujeição à jurisdição senão onde pode haver sujeição à lei’. Essa passagem da doutrina chiovendiana é bastante expressiva no sentido de que o verdadeiro poder estatal estava na lei, e de que a jurisdição somente se manifestava a partir da revelação da vontade do legislador.

Ragone e Salgado (2017) destacam três características conjuntas que marcam o pensamento de Chiovenda: Primeiro sua visão histórico-dogmática que lhe permitiu lidar com aspectos históricos da tradição italiana e alemã que nutriram sua obra. Ele percebeu a influência que a cultura e a história dos povos tiveram no desenvolvimento dos sistemas de justiça. Superou um papel meramente exegético do direito processual para questionar os antecedentes históricos evolutivos, questionar dogmas e criticar o estado da arte e propor avanços no Direito Processual Civil, desconsiderando que fosse um mero apêndice do direito material, ou visto apenas como um mero procedimento de interesse para a prática forense (RAGONE, SALGADO, 2017).

Segundo, conseguiu separar os planos de análise entre direito material e processual do direito de ação, discutindo a publicidade do direito, o que se refletiu em contribuições concretas no estudo do processo e suas características. Por fim, manifestou grande apego ao direito, um positivismo clássico onde ainda não havia espaço, devido aos tempos, para qualquer referência à concretização de valores ou ao trabalho com níveis supralegais ou com princípios superiores (RAGONE, SALGADO, 2017).

Mas, Ragone e Salgado (2017) destacam que foi a doutrina de Mortara a precursora dos estudos do caráter público do processo. Chiovenda chegou a afirmar que

Mortara teve o grande mérito de ter colocado o processo civil em seu devido lugar como instituição de Direito Público, e que foi o ponto de partida para os desenvolvimentos posteriores da doutrina italiana. (RAGONE, SALGADO; 2017).

No Brasil, a partir de elementos da configuração inicial do Estado brasileiro, o Código de Processo Civil Brasileiro de 1939 foi influenciado pela cultura processual europeia do início do século XX, principalmente pela doutrina processual presente no Código Austríaco de 1895, no projeto de Chiovenda para a Itália de 1919 e no Código Português de 1926 (RAGONE, SALGADO; 2017). Estas orientações doutrinárias serviram bem para refletir um processo civil público e social que apoiou a autoridade do Estado, rompendo com as posições liberais do processo civil (RAGONE, SALGADO; 2017).

É verdade que Chiovenda também afirmou que a função do juiz é aplicar a vontade da lei “ao caso concreto”. Com isso, no entanto, ele nunca quis dizer que o juiz cria a norma individual ou a norma do caso concreto, a semelhança do que fizeram Carnelutti (como se descreverá a seguir) e todos os adeptos da teoria unitária do ordenamento jurídico. Chiovenda é um verdadeiro seguidor da doutrina que, inspirada no Iluminismo e nos valores da Revolução Francesa, separou radicalmente as funções do legislador e do juiz, ou melhor, atribuiu ao primeiro, a criação do Direito e ao segundo, sua aplicação (RAGONE, SALGADO; 2017).

3.4.3 A doutrina de Carnelutti: a justa composição da lide

Carnelutti conceituava o Direito como uma “regra expressa”, contendo “comando”. A regra existe não dita na consciência dos homens. Enquanto não for dito, não é Direito. A regra que preexiste ao comando e da qual o comando se aplica, não é jurídica porque não se traduz em um comando geral; torna-se jurídico apenas para o caso considerado pelo comando (SILVA, 2018).

Carnelutti atribuiu à jurisdição a função de justa composição da lide, entendida como o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um e pela resistência do outro interessado. Nas palavras do grande doutrinador (CANELLUTTI, 2008, p. 49):

Na *litis* vem sempre implícita uma injustiça. Com efeito, não é possível que os dois litigantes tenham razão, isto é, que tanta à pretensão quanto à oposição correspondam à justiça: ou uma é justa ou a outra é justa, ou uma e outra apenas são justas em parte. Assim sendo, a injustiça perturba a ordem e a paz social. Por isso é

necessário nem tanto que os litigantes se coloquem de acordo, mas que o acordo seja justo; tampouco na música um acorde que desafinar será acorde. Não se deve acreditar, pois, socialmente útil que um dos dois se renda à vontade do outro, se for injusta; em tais casos, não existe mais que uma aparência de paz, já que a paz sem justiça não é paz. A moral não aconselha nunca a vilania: resistir ao comportamento injusto do adversário não é contrário, mas conforme a moral. Daí que, para eliminar o litígio, sirva tanto um meio que impeça a *litis* degenerar em luta aberta, quanto um meio, que, encontrando a senda da justiça, faça a composição dos litigantes em paz. Este meio é o processo civil.

A lide, no sistema de Carnelutti, ocupa o lugar da ação no sistema chiovendiano. Chiovenda, ao desenvolver o estudo da ação, buscou demonstrar a sua autonomia em relação ao direito material. Porém, esse trabalho de separação entre a ação e o direito subjetivo material teve o objetivo de demonstrar a superação da concepção privatista de processo. Se a ação não se confunde com o direito material, constituindo um poder de provocar a atividade do juiz, é lógico que essa atividade é voltada à atuação da lei e não à realização do direito material. De modo que o conceito chiovendiano de ação se colocou ao centro do sistema que revelou a natureza publicista do processo. A partir desse conceito, a jurisdição foi, por consequência, pensada no quadro das funções do Estado, considerada, então, a tripartição dos poderes (MARINONI, 2014).

Carnelutti, entretanto, partiu da ideia de lide, compreendida como conflito de interesses, ou, mais precisamente, marcada pela ideia de litigiosidade, conflituosidade ou contenciosidade, para definir a existência de jurisdição. A lide, dentro do sistema carneluttiano, é característica essencial para a presença de jurisdição (MARINONI, 2014).

Para Carnelutti, o processo civil, pois, opera para combater a *litis*, como o processo penal opera para combater o delito. Mas a ação, ou melhor, a reação do processo civil, é mais complexa do que a do processo penal. Este último, enquanto não der, senão propriamente a existência, pelo menos a aparência de um delito, não se colocará em movimento. Pelo contrário, o processo civil pode operar não apenas para a repressão, mas também para a prevenção (outra diferença de Chiovenda) do litígio, “*com fins higiênicos e não apenas terapêuticos*” (CANELLUTTI, 2008, p. 49).

De qualquer maneira, a fórmula da "composição da lide" também pode ser analisada a partir da ideia, que está presente no sistema de Carnelutti, de que a lei é, por si só, insuficiente para compor a lide, sendo necessária para tanto a atividade do juiz. A sentença, nessa linha, integra o ordenamento jurídico, tendo a missão de fazer concreta a norma

abstrata, isto é, a lei. A sentença, ao tornar-se a lei particular para as partes, comporia a lide (MARINONI, 2014).

Enfim, Chiovenda sustenta que a lei, entendida como o conjunto das normas gerais, é criada pelo legislador e que os juízes se limitam a aplicar a lei a casos particulares. Bulygin refere-se a essa posição como "doutrina tradicional" (BULYGING, 2003). Já Carnelutti adere à teoria para a qual o direito é o conjunto de todas as normas, gerais e individuais, e que afirma que os juízes criam Direito porque criam normas individuais. “O representante mais conspícuo desta tese é Hans Kelsen” (BULYGING, 2003, p. 1).

No resumo de Marinoni (2014, p. 11):

Para Carnelutti, a sentença cria uma regra ou norma individual, particular para o caso concreto, que passa a integrar o ordenamento jurídico, enquanto, na teoria de Chiovenda, a sentença é externa (está fora) ao ordenamento jurídico, tendo a função de simplesmente declarar a lei, e não de completar o ordenamento jurídico. A primeira concepção é considerada adepta da teoria unitária e a segunda, da teoria dualista do ordenamento jurídico, sendo que essas teorias também são chamadas de constitutiva (unitária) e declaratória (dualista).

A teoria unitária é atribuída especialmente a Kelsen, o qual afirma que o juiz produz uma norma jurídica concreta. Indaga-se se desejou ele concluir que o juiz pode, ao proferir a sentença, criar uma norma individual que não tenha base em uma norma jurídica já existente. Marinoni responde negativamente: “A resposta não é animadora para quem pretenda ver algo mais na definição de jurisdição” (MARINONI, 2014, p. 36).

Segundo Kelsen a norma do escalão superior tem sempre o caráter de um quadro ou moldura a ser preenchido pelo ato de produção normativa ou de execução que a aplica (2011, p. 388):

A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior, ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato.

Esta moldura era para Kelsen o resultado do processo interpretativo. Sendo assim, defendeu Kelsen que o processo interpretativo conduzirá a várias soluções possíveis, sendo que uma delas efetivamente tornar-se-á Direito positivo (KELSEN, 2011, p. 390):

“a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma

delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente.

O fato é que, conforme constata Bulyging, a doutrina tradicional foi criticada por Kelsen, que sustentou que todos os atos jurídicos são ao mesmo tempo atos de aplicação e criação da lei, exceto nos dois casos extremos: a Constituição (pura criação) e a execução da sentença (pura aplicação) (BULYGING, 2003, p. 3):

Em particular, o legislador aplica a constituição e cria as normas gerais e o juiz aplica a lei e cria sentenças, ou seja, normas individuais. Portanto, a diferença entre o papel do legislador e o do juiz é, segundo Kelsen, apenas quantitativa: o juiz é geralmente mais limitado do que o legislador, mas ambos criam a lei dentro do quadro estabelecido pela norma superior (a constituição em o caso do legislador e a lei, do juiz).

3.4.4 O processo no Estado Constitucional

A questão é saber se o modo de pensar a finalidade do processo e da jurisdição pelos processualistas clássicos, seja a de garantir a atuação da vontade concreta da lei ou a de editar a norma do caso concreto segundo uma norma já existente, é suportada por nossa atual Constituição. Mitidiero responde negativamente (MITIDIERO, 2014).

Isto porque a dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Constitucional e de toda a nossa ordem jurídica, e o poder dado ao juiz de condicionar qualquer ação do estado aos ditames dos princípios constitucionais afastam as perspectivas estatualistas do processo civil. Sendo o Estado Constitucional um meio para realização dos fins da pessoa humana, o processo civil por ele averbado só pode ser visto a partir de uma perspectiva centrada na pessoa humana (MITIDIERO, 2014). Adicione-se que, conforme resume Luhmann, o dever de decidir imposto aos órgãos jurisdicionais confere-lhes o poder de criar a solução do caso concreto à luz do sistema jurídico, principalmente à luz da Constituição (LUHMANN, 1990).

3.4.5 A jurisdição no Estado Constitucional.

A lei geral, abstrata e soberana, base do Estado Legislativo, supunha uma sociedade homogênea composta por homens livres e iguais. “É claro que essa pretensão foi rapidamente negada pela dimensão concreta da vida em sociedade, inexoravelmente formada por pessoas e classes sociais diferentes e com necessidades e aspirações completamente distintas” (MARINONI, 2014, p. 40).

Foi para acabar com os privilégios típicos do regime anterior às Revoluções Burguesas que o Estado Liberal resolveu tratar todos de forma igual perante a lei. E se a lei

não podia considerar determinados bens ou posições sociais, é claro que o juiz estava proibido de interpretar a norma considerando as diferenças entre as pessoas. Porém, a neutralidade ou a falta de conteúdo da lei e da jurisdição fez perceber que a igualdade social constituía requisito para a efetivação da própria liberdade e para o desenvolvimento da sociedade (MARINONI, 2014).

Surge o Estado preocupado com as questões sociais e com a justa inserção do cidadão na comunidade. E com ele surgem grupos orientados à proteção de seus interesses, que nessa linha passam a fazer pressão sobre o legislativo. Diferente do Estado legislativo em que a lei era fruto de um parlamento habitado por representantes da burguesia, no qual não havia tanto confronto ideológico, as casas legislativas dos Estados Constitucionais deixam de ser lugar da uniformidade, tornando-se o local da divergência (MARINONI, 2014).

Neste particular sentido também Cass Sustein (2008, p. 31):

Uma vez organizados e alinhados os grupos, passam a exercer pressão sobre os representantes políticos, também agindo movidos por interesses pessoais, que reagem às pressões assim impostas. Esse processo de agregação e troca de interesse produz, em última análise, a lei ou o equilíbrio político.

Atualmente, como se reconhece que a lei é o resultado da coalizão das forças dos vários grupos sociais e que “por isso frequentemente adquire contornos não bem definidos, mas também egoísticos, torna-se evidente a necessidade de submeter a produção normativa a um controle que tome em consideração os princípios de justiça” (MARINONI, 2014)⁵³.

Ainda que se ignorasse a ideia de pluralismo jamais se poderia concluir que o texto de lei é perfeito e assim deve ser simplesmente proclamado pelo juiz, apenas por ser o resultado de um procedimento legislativo regular. De modo que se tornou necessário resgatar a substância da lei e encontrar instrumentos capazes de permitir a sua limitação e conformação aos princípios de justiça. Tal substância e esses princípios tinham de ser colocados em uma posição superior e, assim, foram postos como fundamentos das Constituições. Não há mais qualquer legitimidade na antiga ideia de jurisdição voltada à autuação da lei. Não é possível esquecer que o Judiciário deve compreender e interpretar a lei a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais (MARINONI, 2014).

⁵³ Em posição bem mais comedida, Cass Sustein pondera: “O *status quo* deve estar sujeito à democracia. Não deve ser isolado da deliberação democrática. Somente em raros casos os tribunais devem, por sua própria conta, demolir as distribuições atuais quando forem aprovadas pela política democrática. Assim, também, os tribunais devem permitir que a política democrática altere as distribuições atuais.” (SUSTEIN, 2008, p. 193).

Os princípios constitucionais, explícitos e implícitos, passam a ser a síntese dos valores suportados pelo ordenamento jurídico. Eles refletem os valores da sociedade, seus postulados básicos e seus fins. Por isso, concedem unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas. No resumo de Barroso (2001, p. 34): “Estes os papéis desempenhados pelos princípios: a) condensar valores; b) dar unidade ao sistema; c) condicionar a atividade do intérprete.”

O juiz não é mais a ‘boca da lei’, mas sim o projetor de um direito que toma em consideração a lei, diante dos casos concretos, além de atuar perante a própria omissão da lei e em respeito às decisões dos tribunais, à luz da Constituição (MARINONI, 2014). Aqui os tribunais exercem função primordial. Isto porque “há uma forma da regra de reconhecimento – aquela regra que, na formulação de Hart, serve para identificar as demais normas válidas do ordenamento jurídico – inseparável do exercício da jurisdição” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 116). Nos dizeres do próprio Hart (2009, p. 96):

Se os tribunais tiverem poderes para proferir determinações dotadas de autoridade quanto ao fato de uma regra ter sido violada, estas não podem deixar de ser tomadas como determinações dotadas de autoridade daquilo que as regras são. Por isso, a regra que atribui jurisdição será também uma regra de reconhecimento que identifica as regras primárias através das sentenças dos tribunais e estas sentenças tornar-se-ão uma ‘fonte’ de direito’.

Assim, a jurisdição deve fazer os devidos ajustes para suprir as imperfeições da legislação ou encontrar uma interpretação adequada aos princípios constitucionais, podendo chegar a considerar a legislação inconstitucional, caso em que a sua aplicação não será mais possível (MARINONI, 2014).

3.4.6 A autoridade dos precedentes no nosso modelo constitucional

O modelo de jurisdição, próprio ao juiz de *civil law* e do Estado Constitucional, “impõe uma contrapartida em nome da segurança jurídica, da coerência do direito e da igualdade perante as decisões judiciais.” (MARINONI, 2014, p. 131). E esta contrapartida está relacionada com uma nova configuração da jurisdição e o papel dos precedentes.

A atuação judicial contemporânea mediante a concretização das regras abertas, e sempre no contexto do Estado constitucional, fez surgir um modelo de juiz completamente distinto do desejado pela tradição do *civil Law*. “A evolução do *civil law* é a história da superação de uma ideia instituída para viabilizar a realização de um desejo revolucionário, e que, portanto, nasceu com a marca da utopia” (MARINONI, 2014, p. 131). Esta utopia

manteve-se viva ainda que a evolução do *civil law* a desautorizasse. Marinoni fundamenta este ponto de vista, na obra *Precedentes Obrigatórios* (2016, p. 23):

O *civil law* vive, atualmente, a contradição entre o juiz real e o juiz das doutrinas acriticamente preocupadas apenas em justificar que a nova função do juiz cabe dentro do modelo do princípio da separação dos poderes. É preciso admitir que o juiz da Revolução Francesa nasceu natimorto e que o princípio da estrita separação dos poderes sofreu mutação com o passar do tempo, tendo, nos dias que correm, outra figura.

Na tradição de *civil law*, imaginou-se (como já dito) que a lei seria suficiente para garantir a igualdade e a segurança jurídica. Em outros termos, no *civil law* a certeza jurídica foi utilizada para negar a importância dos tribunais e das suas decisões, enquanto no *common law* serviu como fundamento do *stare decisis* (MARINONI, 2014).

No *civil law*, a certeza jurídica (ou seja, a lei) seria indispensável diante das decisões judiciais, uma vez que, caso os juízes pudessem produzir decisões que não se limitassem a declarar a lei, os propósitos revolucionários estariam perdidos ou seriam inalcançáveis (MARINONI, 2014).

Em outras palavras, a certeza do direito estaria na impossibilidade de o juiz interpretar a lei. “O *civil law* não apenas imaginou, utopicamente, que o juiz apenas atuaria a vontade da lei, como ainda supôs que, em virtude da certeza jurídica que daí decorreria, o cidadão teria segurança e previsibilidade no trato das relações sociais” (MARINONI, 2014, p. 131). Na verdade, o *civil law* foi além e entendeu, também, que a lei seria o suficiente para garantir a igualdade de todos.

A segurança e a previsibilidade obviamente são valores almejados por ambos os sistemas. Mas, foi cultivado de forma diferente no *common law*. Neste nunca houve dúvida de que os juízes interpretam a lei e, por isto, estão passíveis de proferir decisões eventualmente diferentes e conflitantes (MARINONI, 2014). Desta forma instituíram a vinculação aos precedentes logo cedo, e não se afastaram dele. Em outros termos, se somente o respeito à lei não seria garantia de segurança jurídica, buscou-se-lhe também em outro lugar: nos precedentes. Justificando a opção do *common law* pelo precedente, ressalta Marinoni (2014, p. 132): “Isto significa, portanto, que nos países que não precisaram se iludir com o absurdo de que o juiz não poderia interpretar a lei naturalmente aceitou-se que a segurança e a previsibilidade teriam que ser buscadas em outro lugar.”

Adicione-se que o juiz contemporâneo do *civil law*, que trabalha com conceitos indeterminados e regras abertas, está mais distante daquele concebido apenas para aplicar a lei. Não há dúvida de que “o papel deste juiz e, principalmente, o do juiz brasileiro, a quem é

deferido o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, muito se aproxima da função exercida pelo juiz do *common law*” (MARINONI, 2014, p. 133).

O Brasil é reconhecido como um sistema de tradição *civil law*. Macedo (2017), discordando parcialmente desta afirmação (e em consonância com Marinoni), assevera que o Brasil é mestiço neste campo, destacando a evolução demonstrada pelo aparecimento no nosso sistema legal (por exemplo, no novo CPC) de mecanismos que atribuem paulatinamente maior força aos precedentes judiciais e a estrutura centralizada do Judiciário brasileiro (MACEDO, 2017, pag. 67):

O direito brasileiro é tradicionalmente visto como um sistema de *civil law*, o que, entretanto, não parece ser exato. O Brasil, na verdade, é mestiço até mesmo no seu sistema jurídico. Realmente, conforme exposto anteriormente, com a Constituição republicana de 1891, por obra de Rui Barbosa, foi recepcionada a forma de Estado Federado, criação norte-americana, e o controle de constitucionalidade difuso, também originado no direito norte-americano – sem dúvidas com uma série de precursores – a partir do famoso caso *Marbury vs Madison*. Além disso, adotou-se o *judicial review*, ou seja, atribuiu-se ao Judiciário competência para ver tanto as relações estatais como as civis, afora a constitucionalidade das próprias leis, enquanto no velho continente há separação entre justiça comum e “justiça” administrativa, pertencente à estruturação do executivo e fundada na tripartição de poderes mais rígida. Tudo isso somado [...] faz crescer a disparidade entre o direito brasileiro e as características tradicionais do *civil law*.

No mesmo sentido, destacando que o enquadramento do Brasil na família romano-germânica, sobretudo na atualidade, é objeto de questionamento por parte da doutrina, assevera Barreiros (2015, p. 312):

A adoção, no país, de institutos típicos da *common law* (o controle difuso de constitucionalidade, presente no ordenamento brasileiro desde a Constituição Republicana de 1891; a tutela de direitos supra-individuais; a cláusula geral do devido processo legal; a crescente eficácia atribuída aos precedentes judiciais) revela, quando menos, profunda mitigação das características típicas da tradição da *civil law*.

Esta transformação do *civil law* aponta para a necessidade de o sistema instituir contensão à possibilidade de arbítrio judicial e estímulo à segurança jurídica dos seus jurisdicionados. O incremento do poder judicial exige, em nosso sistema, realce à autoridade dos precedentes judiciais. E aqui vamos aproximando-nos de nosso tema: a Repercussão Geral.

Os precedentes constitucionais, vistos como as decisões definitivas do STF, não podem deixar de ter força obrigatória perante os demais juízes e tribunais, sejam oriundos do controle concentrado, sejam oriundos de controle difuso. Nesta missão deve concentrar-se a nossa Corte Suprema. Ser uma corte de precedentes para as relevantes e repercutentes questões constitucionais (MARINONI, 2014). O instituto da Repercussão Geral faz parte

deste esforço de concentração da atenção do STF na resolução e pacificação de questões constitucionais relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa, segundo o art. 1035 do Código de processo civil de 2015 (BRASIL, 2015).

O mesmo Código de Processo Civil, através das previsões contidas nos artigos 926 e 927, trouxe importante prestígio à autoridade dos precedentes (MACEDO, 2017). A principal prescrição neste sentido é o art. 926 do CPC/2015 e seus mencionados deveres em prol da segurança jurídica, fixando que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Já o art. 927 (BRASIL, 2015) dispõe que devem ser observadas (vinculam): (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 extraordinários e especial repetitivos; (IV) os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; (V) a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

O princípio da segurança jurídica enseja o direito fundamental à segurança nas decisões judiciais, que tem como corolários os deveres de uniformização, estabilidade, integridade e coerência. Sendo assim, há o dever constitucional de tutela desses deveres e da própria segurança jurídica, que foi feita *a priori* pelo Legislativo no rol do art. 927. Macedo (2015) afirma ser a lista insuficiente para a tutela do direito fundamental à segurança, conclamando que o Judiciário cumpra a promessa constitucional, efetivando-a onde o legislador não foi apto a fazê-lo.

Isto porque a lista efetivamente posta no art. 927 não prevê os precedentes do STF sobre matéria constitucional e nem os do STJ em matéria infraconstitucional, devendo, segundo o doutrinador, serem considerados obrigatórios por força do direito fundamental à segurança jurídica. Ou seja, o rol do art. 927 é exemplificativo, devendo os tribunais complementá-lo em conformidade com os princípios constitucionais da segurança jurídica, da igualdade e da eficiência, princípios estes aplicáveis à atividade jurisdicional. Nos termos de Macedo (2015, p. 3), “não se deve conceber que qualquer juiz possa julgar em

desconformidade a um precedente do STF em recurso extraordinário sem fazer uma distinção”.

3.4.7 A concepção contemporânea de jurisdição: a tutela efetiva de direitos

A sociedade necessita da jurisdição. Não apenas porque os cidadãos não têm condições de resolver os seus conflitos, mas especialmente porque a sociedade necessita de harmonia para poder desenvolver-se. Por isso, a jurisdição não é apenas um meio de resolver litígios, mas uma manifestação estatal voltada para a eliminá-los, ou melhor, a solucioná-los definitivamente, fazendo com que os envolvidos reconheçam o fim daquela jurisdição (MARINONI, 2014).

Quando se compreende a distinção entre texto e norma, vendo-se norma como interpretação do texto legal, torna-se fácil atribuir ao juiz a missão de construir a norma jurídica que cristaliza a compreensão da lei segundo as normas constitucionais. Contudo, “dizer que a jurisdição objetiva apenas ‘declarar’ os valores constitucionais não permite abarcar toda a complexidade da função jurisdicional. Isso porque, ainda que o juiz tenha como parâmetro as normas constitucionais, cabe-lhe, antes de tudo, dar tutela ao direito material” (MARINONI, 2014, p. 144).

Cabe ao juiz definir as necessidades concretas do caso, para então buscar no sistema jurídico a regulação da situação que lhe foi apresentada, ainda que tudo isso obviamente deva ser feito sempre a partir da Constituição. Nos termos de Marinoni: “a importância da perspectiva do direito material fica mais nítida quando se percebe que a função do juiz não é apenas editar a norma jurídica, mas sim a de tutelar concretamente o direito material, se necessário mediante meios de execução” (MARINONI, 2014, p. 144).

O juiz tem o dever de utilizar (e o ordenamento deve prever) o procedimento e a técnica idônea à efetiva tutela do direito material. Ademais, o incremento do poder judicial exige que se confira maior autoridade aos precedentes judiciais, preservando a coerência do direito, assim como a segurança jurídica e a igualdade diante das decisões, sem o que não há Estado de Direito (MARINONI, 2014). É neste contexto que se deve interpretar as competências dos tribunais, em especial a do STF.

3.4.8 A tutela de direitos: decisão justa e unidade do direito pelos precedentes obrigatórios.

Vimos acima que cabe ao juiz, com fundamento nas normas constitucionais, dar tutela ao direito material. E que o incremento da efetividade do poder judicial exige, em nosso sistema, atenção à autoridade dos precedentes judiciais (MARINONI, 2014).

Mitidiero (2014) afirma propriamente, quanto ao primeiro ponto, que a nossa Constituição exige a colocação da tutela dos direitos como fim do processo civil. “Sendo o Estado constitucional ancorado na pessoa humana e o Estado de Direito nele implicado fundamentado na segurança jurídica, a finalidade imediata imposta ao processo civil só pode estar na efetividade dos direitos proclamados pela ordem jurídica.” (MITIDIERO, 2014, p. 22). O Estado constitucional existe para promover os fins da pessoa humana – e isto quer dizer que o processo civil no Estado constitucional existe para dar tutela aos direitos (MITIDIERO, 2014).

Ressalta Mitidiero (2014), quanto ao segundo ponto, que a tutela dos direitos (a jurisdição em movimento) que o processo civil se propõe a promover não tem uma dimensão puramente particular (a jurisdição em movimento não interessa somente às partes), como se a ordem jurídica não fosse impactada pelas decisões dos tribunais. Assim resume as dimensões particular e geral da tutela de direitos (MITIDIERO, 2014, p. 28):

Por isso, a tutela dos direitos no processo, além de viabilizar a proteção de direitos individuais ou transindividuais afirmados pelas partes mediante decisão justa e, em sendo o caso, sua adequada efetivação (dimensão particular da tutela dos direitos), também visa a propiciar a unidade do direito mediante a afirmação e respeito aos precedentes judiciais (dimensão geral da tutela dos direitos). Tratar os casos com justiça [...] e servir à unidade do direito são duas formas de dar tutela aos direitos a que se encontra teleologicamente vinculado o processo civil no Estado constitucional.

Esse duplo discurso que o processo civil tem de ser capaz de desempenhar no Estado constitucional pressupõe a construção de “uma teoria do processo e de organização judiciária idônea para dar conta da necessidade de propiciarmos a prolação de uma decisão justa para as partes e a formação e o respeito ao precedente judicial para sociedade como um todo” (MITIDIERO, 2014, p. 28). É necessário perceber, portanto, a necessidade de um duplo discurso no processo e na organização judiciária a partir da decisão judicial – um discurso ligado às partes e um discurso ligado à sociedade. Sem esse duplo discurso, a Justiça Civil será incapaz de realizar os direitos proclamados pela ordem jurídica e de orientar de forma segura a conduta social (MITIDIERO, 2014).

3.4.9 Dimensão particular da tutela de direitos: decisão justa

São inúmeras as situações em que se fala de justiça das mais diversas formas, e são muitas as ocasiões em que a justiça é referida às decisões judiciais e entendida como um requisito indispensável dessas decisões. Normalmente, quem pensa em decisões dos órgãos judiciais não pensa em decisões aleatórias ou arbitrárias, ou injustas, mas pensa, ou pelo menos espera, que os juízes decidam "segundo a justiça". É sabido que existem inúmeros critérios de justiça substantiva. "A história da cultura jurídica e política ocidental é rica em definições dos mais diversos critérios de justiça" (TARUFFO, 1997, p. 02).

Para Taruffo (1997), existem boas razões para acreditar que a legalidade é um requisito indispensável da decisão judicial⁵⁴, mas não é a única condição suficiente para sua justiça. A extrema dificuldade de rastrear a justiça da decisão a qualquer critério de justiça substantiva acabou induzindo não poucos teóricos do direito e do processo a desistir de tal empreendimento. Alguns propõem a noção de justiça processual como único critério de avaliação. Esta definição implica uma concepção fortemente redutiva da justiça da decisão, totalmente "achatada" na ideia de que a decisão é o resultado de um procedimento (TARUFFO, 1997).

O doutrinador italiano (TARUFFO, 1997) propõe uma teoria da decisão justa que parta do pressuposto de que não existe um critério único e adequado para constituir a referência para as decisões relativas à justiça da decisão jurisdicional. Em vez disso, refere-se a um conjunto de três critérios: defende que somente de sua combinação pode surgir um esquema de avaliação que permite determinar se e quando a decisão é justa. A justiça da decisão assumiria a forma de um algoritmo que abrangeria e conectaria três ordens de valores.

Os três critérios aludidos são: a) justeza na escolha e interpretação da norma jurídica aplicável ao caso; b) apuração confiável dos fatos relevantes do caso; c) uso de um procedimento válido e justo para chegar à decisão (TARUFFO, 1997).

Enfatiza Taruffo (1997) que os três requisitos são todos necessários para uma decisão correta a ser tomada, embora nenhum deles seja, por si só, suficiente para esse fim.

⁵⁴ Guastini afirma ser possível contrapor a doutrina da legalidade à doutrina da equidade, como doutrinas que procuram orientar a jurisprudência, dentre tantas outras. Para a primeira (análoga a uma doutrina moral que se conhece por *universalismo*), os casos submetidos aos tribunais devem ser resolvidos em conformidade com normas gerais e as normas devem ser uniformemente aplicadas a todos os casos que recaem em seu campo de aplicação. Já para a segunda, conhecida por doutrina da equidade ou justiça do caso concreto (análoga a uma doutrina moral que se conhece por *particularismo*), recomenda aos juízes não aplicar as normas gerais "cegamente", sem levar em consideração as peculiaridades do caso concreto (GUASTINI, 2019). (Destaquei).

Além disso, os três requisitos são, em conjunto, suficientes para identificar a justeza da decisão (TARUFFO, 1997).

Taruffo prevê ser fundamental estabelecer um nível mínimo abaixo do qual o processo não seria justo, e que em muitos sistemas jurídicos modernos esse nível é identificado pela elaboração e especificação das garantias constitucionais do devido processo legal ou dos princípios correspondentes ao direito de defesa das partes e da independência do órgão judicial. Outros requisitos como a aplicação efetiva da garantia de acesso aos tribunais ou do princípio da liberdade de prova são periodicamente definidos pela teoria do julgamento (TARUFFO, 1997).

Mitidiero (2014), citando Taruffo, propõe estrutura similar de uma decisão justa, cuja dimensão seria indispensável para se realizar os direitos proclamados pela ordem jurídica e de orientar de forma segura a conduta social. Nos termos de Mitidiero (2014, p. 29):

A formação de uma decisão justa para as partes reclama a conjugação de critérios ligados à individualização, interpretação e argumentação referente às normas jurídicas que devem reger o caso concreto levado a juízo, à adequada verificação da verdade das alegações de fato formuladas pelas partes e à justiça da estruturação do processo. Em outras palavras, depende da composição de critérios concernentes ao plano das normas, ao plano dos fatos e ao plano do processo em que a atividade do juiz e das partes se desenvolverá para obtenção de uma decisão justa.

No plano da justa estruturação do processo, Mitidiero (2014) ressalta que ganham relevo os direitos fundamentais processuais que compõem o direito ao processo justo. Em especial, a observância do direito de ação, de defesa, do direito ao contraditório, do direito à prova e do dever de fundamentação das decisões judiciais. Adicionaríamos o direito à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, inciso LXXVII⁵⁵ da CF). Esses direitos processuais visam a responder aos problemas fático-normativos vinculados à formação de uma decisão justa.

3.4.10 Dimensão geral da tutela de direitos: respeito aos precedentes

Já defendemos que os precedentes do STF em matéria constitucional (e os do STJ em matéria infraconstitucional) devem ser considerados obrigatórios por força do direito fundamental à segurança jurídica, em conformidade à Constituição Federal, que resguarda o princípio da segurança jurídica, da igualdade e da eficiência, todos eles plenamente aplicáveis à atividade jurisdicional. Não se concebe que possa qualquer juiz julgar em desconformidade

⁵⁵ Incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004 (BRASIL, 2004).

a um precedente do STF ditado em recurso extraordinário sem fazer uma distinção (MACEDO, 2015; MARINONI, 2014).

A formação e o respeito ao precedente judicial exigem certamente uma adequada teoria dos precedentes. E isso porque é tarefa do precedente reduzir o âmbito de equivocidade inerente ao Direito, viabilizando a sua maior cognoscibilidade. A necessidade de seguir precedentes não pode ser seriamente contestada no Estado constitucional – dada a exigência de segurança jurídica que lhe serve de base (MARINONI, 2014).

Com acerto gravou Dworkin (2005, p. ix): “Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reinvidique fidelidade”.

Neste passo, constitui um requisito elementar de justiça tratar casos iguais de modo igual. Compreendida no contexto do Estado constitucional, “essa lição remete-nos automaticamente ao reconhecimento da vigência da regra do *stare decisis* entre nós e ao problema da construção de uma teoria do precedente judicial constitucionalmente adequada ao direito brasileiro” (MITIDIERO, 2014, p. 31).

Ligado à questão do respeito ao precedente judicial repousa o relevante problema concernente ao apropriado “delineamento do papel das cortes judiciárias, isto é, ao dimensionamento das adequadas funções que devem ser por elas desempenhadas no Estado Constitucional” (MITIDIERO, 2014, p. 14). Para Beneti, o Brasil precisa de construção de jurisprudência capaz do respeito da sociedade, não mais apenas de produção de precedentes individuais. Desta forma, “a melhor organização dos Tribunais é imprescindível ao aprimoramento da sociedade brasileira” (BENETI, 2007, p. 340).

Neste sentido, conclui Mitidiero que não é possível teorizar com proveito sobre o processo civil sem enfrentar os problemas atinentes à organização judiciária. Ou seja, “para que o processo civil tenha condições de ser um instrumento idôneo para a tutela de direitos, tanto em uma dimensão particular como geral, é imprescindível o exame do papel das cortes judiciárias no Estado Constitucionais.” (MITIDIERO, 2014, p. 31).

3.4.11 Doutrina de precedentes e Organização Judiciária

Cabe insistir na distinção dos conceitos. Precedente é cada julgamento individual e jurisprudência é a interpretação consistente dos tribunais a respeito das lides. “Um julgado não é jurisprudência, mas um precedente, que interagirá com outros julgados idênticos ou análogos, no sentido da formação, ou não, de jurisprudência” (BENETI, 2007, p. 318).

Ao comentar a expressão “doutrina dos precedentes”, Beneti acusa a aparente contradição em se conjugar “doutrina”, termo que implica generalidade, com “precedentes” que são essencialmente individuais. Aparente contradição, defende, pois a individualidade do precedente e a generalidade da doutrina (e da norma de que se ocupa) se completam e não podem prescindir uma da outra. Nos termos de Beneti: “Dedução e indução, os dois métodos clássicos do raciocínio se vêm absolutamente congruentes na formação da doutrina direcionadora dos precedentes, assim como destes a formar a doutrina”.(BENETI, 2007, p. 318).

Nos sistemas de *common law*⁵⁶ os precedentes são efetivamente seguidos, sem que lei nenhuma disponha no sentido de que sejam vinculantes. Nos sistemas de *civil law* predomina a metódica elaboração das normas, geralmente organizadas em códigos, ao passo que nos sistemas de *common law* predomina a força dos precedentes. Nos sistemas de *civil law* os precedentes não contêm potencialidade geradora de norma jurídica, mas apenas interpretam a norma. Não obrigam, porque o que obriga é a norma (BENETI, 2007).

Para Beneti (2007), dois pontos são muito importantes para entendimento da consistência na interpretação das normas jurídicas e para a coerência da aplicação aos casos concretos, bem como para a eficácia operacional do sistema do *common law*: (a) a predominância de reduzido número de magistrados nas cortes superiores; e (b) a

⁵⁶ É conveniente diferir o *common law* americano do inglês. É ao primeiro que o Brasil deve em parte filiação, quando da instituição do nosso estado federal e do respectivo recurso extraordinário. Nos termos de Beneti: “A Inglaterra é o berço do *common law*, que dela se espalhou para os Estados Unidos, e outros países de colonização britânica.[...] O Direito norte-americano acrescentou muito ao *common law*, como: (a) a existência de uma Constituição escrita nos Estados Unidos; (b) a separação dos Poderes, segundo MADISON, mais acentuada do que em MONTESQUIEU, com a supremacia do Poder Judiciário, nomeado por Executivo e Legislativo ou eleito diretamente pelo povo, mas independente a partir da nomeação; (c) a instituição das Cortes Supremas, compostas por juizes vitalícios, nomeados politicamente mas desvinculados dos organismos políticos (ao contrário da Inglaterra, em que a função de Corte Suprema compete à Câmara dos Lordes - com a grande vantagem institucional, aliás, de o resíduo "legislativo" a ela inerente mitigar a aparência de intromissão do Judiciário no Legislativo, quando a decisão pudesse ser tida por "contrária" à lei, porque pesa outro dado importante, em sistema de supremacia do Parlamento, que é o de que a lei está sendo interpretada pelo próprio Parlamento, que é apto a modificá-la; (d) o princípio da unidade e da supremacia do Judiciário, que permite o *judicial review* para controle de atos do Executivo (a partir do *leading case* "*Marbury versus Madison*", de 1803, relatado pelo legendário Presidente MARSHALL); (e) a subsistência de duas legislações, a Estadual e a Federal, com a forte reserva legislativa aos Estados, decorrente do federalismo; (f) o presidencialismo norte-americano em contraste com o parlamentarismo inglês” (BENETI, 2007, p. 321).

obrigatoriedade de descarte de casos repetitivos, sem teses de importância ou irrelevantes do ponto de vista econômico e social. Além disso, a admissibilidade de casos pelos tribunais superiores dá-se por *discretionary jurisdiction*, isto é, os recursos são admitidos ou recusados de forma irrecorrível e sem necessidade de motivação, pelos integrantes da Corte (BENETI, 2007).

Beneti ressalva que, no Brasil, todos os casos são de *mandatory jurisdiction* (o que é fato pelo menos até a criação da Repercussão Geral), ante a interpretação do art. 5º, inciso XXXV⁵⁷, da Constituição Federal de 1988, e, ainda, com fundamentação pública e obrigatória, pela interpretação dada ao art. 93, IX, também da Constituição (BRASIL, 1988). Tais institutos limitariam a criação de filtros de admissibilidade, solução adotada para o abarrotamento das cortes de vértice em países como Alemanha e Estados Unidos (BENETI, 2007).

A respeito da competência recursal do STF, a Repercussão Geral extinguiu a jurisdição obrigatória no julgamento dos recursos extraordinários (BRASIL, 2004).

Mesmo assim, não discordamos do professor Beneti (2007) quando este assevera que, mirando os números de processos em estoque nas mais diversas instâncias judiciais brasileiras, se considerarmos o acesso à Justiça como facilidade de ingressar em juízo ou de subir aos tribunais, inclusive aos tribunais superiores do sistema federativo, o país estará entre os que mais acesso garantem à população.

Para Beneti, não é o acesso à justiça a principal causa dos grandes números nacionais. A dispersão jurisprudencial alimenta os grandes números e estes, por sua vez, acentuam a dispersão (BENETI, 2007).

Os números, evidentemente, embutem o fato de várias vezes decidir-se, em sentidos muitas vezes diversos, uma mesma questão jurídica, até consolidar-se uma única orientação, somente atingível nos Tribunais Superiores - o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e, no âmbito trabalhista, o Tribunal Superior do Trabalho (BENETI, 2007). Para Beneti, os juízos de primeiro grau e os tribunais recursais têm-se transformado progressivamente em jurisdições preparadoras para o julgamento dos tribunais superiores. Nas palavras do professor Beneti, “Em verdade, a sentença de primeiro grau tem assumido características de decisão intermediária, algo como que um despacho saneador qualificado, necessário apenas para ensejar a apelação.” (BENETI, 2007, 331).

⁵⁷ Art. 5º. [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL, 1988).

Atribui-se a instabilidade jurídica nacional à dispersão jurisprudencial. Mas não se pode atribuir ao Judiciário a causa desta instabilidade. Este, em verdade, é antes vítima da instabilidade jurídica nacional do que produtor dela. Pode-se destacar entre os complicadores da estabilidade legislativa no país, conforme testemunha o professor Beneti (2007, p. 332):

(a) provisoriedade legislativa, ante a demora legiferante definitiva (medidas provisórias, inclusive sobre matérias processuais, rescisória, juros e honorários em desapropriações; alterações em planos de saúde, matéria previdenciária, bancária, direito do consumidor); (b) número de alterações legislativas e constitucionais, ante a facilidade de efetivação destas últimas, gerando imensa massa de lides sazonais, vindas ao Judiciário como lides individuais e não como "macrolides", que realmente são; (c) geração legislativa de lides, diante de cada alteração, reabrindo casos já julgados, ante a compensadora recorribilidade (p. ex., reabertura de discussão a respeito de precatórios parcelados); (d) sistema jurisdicional federativo e caráter nacional do Direito, que tornam naturalmente mais longo o caminho à criação de precedente firme, se este repousa unicamente nas decisões dos tribunais superiores, tomadas individualmente nos numerosos casos que a eles acorrem; (e) ausência de disposições legais e de tradição de estabilidade jurídica.

A uniformização jurisprudencial deve vir com a cultura do respeito aos precedentes e com a adequada distribuição de funções na organização judiciária. Neste sentido, Beneti defende que a inexistência de tradição de uniformização jurisprudencial acentua-se diante da organização judiciária inadequada. Segundo Beneti (2007, p. 332): “A mesma tese repete-se inúmeras vezes em diferentes turmas, câmaras, grupos e órgãos do mesmo tribunal. É vantajosa a ‘aposta judiciária’, geradora de satisfação provisória, mas concreta, enquanto não julgados recursos pelos tribunais superiores”. O professor destaca que esta uniformização pode dar-se antes da chegada da lide o STF (e não só no STF), e de forma mais rápida. Para a formação, de maneira célere, de jurisprudência estável, segundo Beneti, importante a especialização temática, de acordo com o direito material trazido pela lide, de maneira que um órgão, câmara ou grupo, e apenas um órgão, seja competente dentro do tribunal, para o julgamento da matéria (BENETI, 2007).

Por fim, Beneti (2007) assevera que a organização interna dos tribunais brasileiros deve prever mecanismos de aceleração de casos de relevância inerente. Sem se referir diretamente à Repercussão Geral, até porque o doutrinador citado atribui dever haver um tratamento a cada (e para todos) tribunal do sistema nacional, prescreve que essa aceleração é recomendada por diversas considerações de interesse público (BENETI, 2007, p. 338):

Por exemplo, demandas ambientais de larga repercussão regional bloqueiam atividades em áreas e setores de atividades imensos, de maneira que é necessário tratá-las diferentemente de outras demandas individuais, cujos efeitos se restrinjam aos próprios litigantes; demandas de larga repercussão no sistema contratual, como as referentes a contratos bancários, consórcios, planos de saúde e semelhantes, precisam definir-se rapidamente, para orientação dos agentes dessas atividades e dos

participantes de seus contratos; e ações movidas por pessoas de idade avançada precisam ter prioridade sobre as demais, para que o término ocorra antes do óbito.

A organização judiciária deve prever mecanismos de aceleração (ou *fast-track*, nos termos de Beneti (2007)), para andamento diferenciado e célere no sentido da manifestação jurisdicional de cada um dos órgãos judiciários pelos quais tenha de passar o caso até consolidar-se na jurisprudência dos tribunais superiores - e estes, por sua vez, também devem prever mecanismos de tramitação acelerada, para que os casos não se misturem com as numerosas lides individuais em curso (BENETI, 2007). Entre os exemplos de mecanismos válidos de aceleração na formação de jurisprudência estável situam-se, pensamos, sem dúvida, o tratamento de demandas repetitivas, a denominada súmula vinculante e a Repercussão Geral (estes dois últimos instituídos só para recursos ao STF, previstos pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (BRASIL, 2004)).

Os mecanismos assinalados, entre outros, todos ligados à organização judiciária, podem ser de imensa utilidade na criação de uma jurisprudência estável, à luz da mais avançada doutrina de precedentes. “O objetivo é a produção de uma jurisprudência o mais possível estável, e não apenas de precedentes isolados para casos individualísticos - ou quase egoísticos – das partes litigantes em cada processo” (BENETI, 2007, p. 339).

3.4.12 Os tribunais como Cortes de justiça e/ou Cortes de Precedentes

Uma adequada organização das cortes judiciárias em determinada organização judicial é de fundamental importância por inúmeras razões. Mitidiero (2014) destaca duas que, pelo acerto do destaque e pertinência com o tema desta tese, merecem aqui menção.

A primeira razão, desde uma perspectiva interna, é que uma adequada distribuição das competências entre as cortes judiciárias promove a economia processual ao viabilizar a racionalização da própria atividade judiciária. Quando as cortes se encontram costumeiramente congestionadas de recursos, é preciso intentar ajustá-la para que trabalhem apenas na medida em que necessário o seu ofício para consecução dos fins a que se encontram vinculadas do ponto de vista da estrutura judiciária. Neste caso, é preciso que as cortes trabalhem menos para que trabalhem melhor (MITIDIERO, 2014). Para Taruffo, a excessiva carga de trabalho de uma corte pode impedi-la de funcionar com razoável eficácia. O número excessivo de demandas pode produzir, por um lado, a paralisação do tribunal, e de outro, graves distorções como jurisprudência aleatória e cambiante. As partes, perante um tribunal imprevisível, não recorrem a ele para obter certeza, mas para explorar a incerteza geral e lentidão em seu benefício (TARUFFO, 1991). Nestes casos, o valor a recuperar é antes de

mais nada a funcionalidade do Tribunal, como condição necessária para que este possa desempenhar de forma adequada as funções essenciais a que lhe cabe no sistema institucional. Nos termos do doutrinador italiano, e referindo-se ao supremo tribunal italiano (TARUFFO, 1991, p. 173, tradução nossa):

Também se pode reconhecer que a estabilidade e uniformidade da jurisprudência da Cassação não são valores absolutos, e que, de fato, um grau considerável de elasticidade interpretativa é indispensável para assegurar a adaptação concreta da lei às necessidades e valores de um sociedade em rápida transformação. Mas quando a elasticidade interpretativa se transforma em aleatoriedade desordenada em uma massa de decisões que fogem a qualquer critério racional, ocorre uma degeneração que coloca a Corte além das coordenadas institucionais que definem sua natureza e função. Consequentemente, a jurisprudência do mérito, desprovida de referências fíaveis, torna-se caótica e casual; as partes, perante um tribunal imprevisível, não recorrem a ele para obter certeza, mas para explorar a incerteza geral em seu benefício. As causas que levaram a esta situação são diferentes, mas uma parece claramente prevalecer sobre as outras, e é a excessiva carga de trabalho que pesa sobre o Tribunal e o impede de funcionar com razoável eficiência.⁵⁸

A segunda razão para uma adequada organização das cortes judiciárias, desde uma perspectiva externa, é a busca da tempestividade da tutela jurisdicional. Isto porque “a abertura de determinadas instâncias judiciárias - que obviamente consome tempo para o seu percurso - só se justifica à luz do escopo para que foram pensadas dentro da organização dos tribunais.” (MITIDIERO, 2014, p. 32).

Seja considerando aqueles que integram o sistema judiciário ou considerando aqueles para os quais esse foi projetado é fácil perceber que “o ponto crucial para uma idônea organização das cortes judiciárias está centrado na função que essas devem desempenhar na ordem jurídica” (MITIDIERO, 2014, p. 32).

Cabe destacar que não é a organização judiciária que impõe a si mesma a finalidade que tem de ser por ela buscada. E sendo a finalidade do processo civil no Estado Constitucional dar tutela aos direitos, é natural que esse fim seja o mesmo buscado pelas cortes encarregadas de aplicá-lo. Assim, a questão está em saber, e este ponto importa mais diretamente à análise da Repercussão Geral, se todas as cortes que integram o sistema

⁵⁸ No original: “Si può anche riconoscere che la stabilità e l'uniformità della giurisprudenza della Cassazione non siano valori assoluti, e che anzi un notevole grado di elasticità interpretativa sia indispensabile per assicurare il concreto adattamento del diritto ai bisogni ed ai valori di una società in rapida trasformazione. Ma quando l'elasticità interpretativa diventa disordinata casualità in una massa di decisioni che sfuggono a qualunque criterio razionale, si verifica una degenerazione che colloca la Corte al di fuori delle coordinate istituzionali che ne definiscono la natura e la funzione. Per conseguenza, anche la giurisprudenza di merito, priva di attendibili punti di riferimento, diventa caotica e casuale; le parti, di fronte ad una Corte imprevedibile, non vi si rivolgono per ottenere certezza, ma per sfruttare a proprio vantaggio la generale incertezza. Le cause che hanno portato a questa situazione sono diverse, ma una sembra prevalere nettamente sulle altre, ed è l'eccessivo carico di lavoro che grava sulla Corte e che ne impedisce un funzionamento ragionevolmente efficiente.”

judiciário devem promover concomitantemente a tutela dos direitos nas suas duas dimensões⁵⁹ ou se, do contrário, deve haver uma distribuição interna de tarefas entre os tribunais que integram a Justiça Civil (MITIDIERO, 2014).

São duas as funções das cortes: (i) resolver controvérsias e (ii) enriquecer o estoque referencial de normas jurídicas (promover a unidade do direito e fixar precedentes).

A proposta de Mitidiero (2014), a que aderimos, é que os órgãos jurisdicionais ordinários (juízes, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunais de Justiça...) devem cuidar da produção de decisões justas, sendo responsabilidade dos órgãos jurisdicionais extraordinários (STF, STJ, TST...) a promoção da unidade do Direito mediante a formação de precedentes, pelo menos primordialmente⁶⁰. Nos termos de Mitidiero (2014, p. 33):

Vale dizer: (i) prolatar decisões justas – e efetivá-las adequadamente, em sendo o caso - e (ii) dar unidade ao direito mediante a formação de precedentes. Em um sistema que distribui adequadamente as tarefas entre as cortes que integram a Justiça Civil, pode-se dizer que os órgãos jurisdicionais ordinários devem cuidar da produção de decisões justas, sendo responsabilidade dos órgãos jurisdicionais extraordinários a promoção da unidade do Direito mediante a formação de precedentes.

Visando uma reforma judiciária mais extensa, cuja análise transbordaria de nosso tema - pois nos interessa o instituto da Repercussão Geral no STF - Mitidiero (2011) propõe mudanças nas instâncias ordinárias (juízes, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunais de Justiça...) e extraordinárias⁶¹ (STF e STJ) da hierarquia judiciária brasileira (MITIDIERO, 2011, p. 83):

⁵⁹ Como visto, a dimensão particular e a dimensão geral (decisão justa e a prolação de precedentes) da tutela de direitos é bem resumida por Mitidiero (2014, p. 28): “Por isso, a tutela dos direitos no processo, além de viabilizar a proteção de direitos individuais ou transindividuais afirmados pelas partes mediante decisão justa e, em sendo o caso, sua adequada efetivação (dimensão particular da tutela dos direitos), também visa a propiciar a unidade do direito mediante a afirmação e respeito aos precedentes judiciais (dimensão geral da tutela dos direitos).”

⁶⁰ “É claro que, em ambos os níveis, o material com que trabalham os juízes é muito semelhante - o processo civil, sendo meio para tutela dos direitos, depende sempre da afirmação de um caso sobre o qual discordam as partes a respeito da adequada solução. A distinção se estabelece, porém, nas diferentes maneiras com que os casos ganham relevo e colocam-se no influxo da atividade das cortes. Quando a corte está pré-ordenada para tutela dos direitos mediante decisão justa, a interpretação normativa é meio para obtenção da justa decisão do caso. Do contrário, quando está direcionada para tutela do direito mediante precedente, o caso concreto é apenas um meio - um verdadeiro pretexto – para formulação da adequada interpretação das normas nele envolvidas.” (MITIDIERO, 2011, p. 33).

⁶¹ Conforme conhecido esquema doutrinário (MITIDIERO, 2011), os recursos podem ser classificados em ordinários ou extraordinários. Os primeiros visam a decidir com justiça o caso concreto, permitindo-se na instância o conhecimento da causa em toda sua extensão fático-jurídica. Já os segundos atuam apenas com escopo de nomofilaquia e de promoção da unificação jurisprudencial. Diz-se aí que o conhecimento da causa é restrito ao seu aspecto jurídico, isto é, somente questões de direito podem ser decididas na instância extraordinária. Já José Afonso da Silva toma os remédios contra decisões judiciais (recursos em sentido amplo), e os classifica em remédios extraordinários e remédios ordinários, segundo sejam usados fora ou

Propõe-se nova organização judiciária, tornando: (a) o juiz de primeiro grau, a princípio, soberano quanto à prova; (b) os Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça como Cortes responsáveis por velar pela aplicação e pela efetiva aplicação de precedentes e com função residual quanto à prova e (c) o STF e o STJ como Cortes voltadas unicamente à unidade do direito. A proposta pressupõe a adoção de um sistema de precedentes obrigatórios no direito brasileiro. A proposta de reforma parte de um diálogo entre as lições de Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovidio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni. (MITIDIERO, 2011, p. 83).

O STJ e o STF, quando atuam mediante recurso especial e recurso extraordinário, compõem as instâncias extraordinárias do nosso sistema jurisdicional⁶². Entendemos que situa-se neste contexto, para a promoção de nova organização judiciária, a instituição (através da EC 45/2004) da exigência de que para o conhecimento do recurso extraordinário o tema em litígio seja dotado de Repercussão Geral da questão constitucional (art. 102, § 3.º, da CF/1988, e art. 1.035 do CPC). Trata-se de filtro recursal que permite ao STF examinar apenas os recursos extraordinários cujas decisões possam contribuir para unidade do direito - isto é, julgar apenas os recursos cujas questões pareçam à Corte como de maior importância, nos termos da Lei n. 11.418/2006, e aptas para fixar precedentes. O recurso especial, ainda⁶³, não conta com semelhante requisito de admissibilidade⁶⁴ (MITIDIERO, 2011).

3.4.13 Os tribunais de vértice como cortes de precedente

Andre Tunc (1978) compara o Tribunal de Cassação francês, que julga milhares de casos por ano, com questões sem relevância geral e de interesse apenas para as partes, a um

dentro da instância. Os primeiros são institutos que, mesmo fora da relação processual, visam a impugnar decisões judiciais (mandado de segurança, reclamação, ou ação rescisória, por exemplo). Os segundos são, na realidade, os verdadeiros recursos; recursos em sentido técnico, ou em sentido estrito (SILVA, 1963). O recurso extraordinário constitucional (art. 102 da CF), por exemplo, na classificação de Mitidiero (2011) é um “recurso extraordinário”, na de Silva (1963), é um “recurso ordinário, pela via excepcional”.

⁶² Afirma-se que o recurso especial e o recurso extraordinário tratam apenas de questões de direito: ver Súmula nº 279 do Supremo Tribunal Federal (Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário) e da Súmula nº 07 do Superior Tribunal de Justiça (A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial).

⁶³ Tramita no Senado Federal a PEC nº 10 de 2017 (na Câmara dos Deputados projeto (já aprovado nesta Casa) recebeu a identificação de PEC nº 209 de 2012) que intenta criar um novo requisito de admissibilidade aos Recursos Especiais direcionados ao STJ, qual seja, a demonstração da relevância da questão federal.

⁶⁴ Presidente do STJ defende aprovação da PEC da Relevância em aula magna para estudantes de direito. “O presidente do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Conselho da Justiça Federal (CJF), ministro Humberto Martins, voltou a defender, nesta quinta-feira (4), a chamada PEC da Relevância (Proposta de Emenda Constitucional 10/2017), uma das bandeiras de sua gestão. Em aula magna virtual para estudantes de direito da Fundação Armando Álvares Penteado (FAAP), Martins destacou a necessidade da PEC para que o tribunal possa se dedicar ao julgamento de temas de maior importância jurídica, cumprindo a sua missão constitucional de uniformizar a interpretação da lei federal. ‘O objetivo central da proposta é fazer com que o STJ deixe de atuar como uma terceira instância revisora de processos – nos quais o interesse, muitas vezes, está restrito às partes – e exerça de forma mais efetiva o seu papel constitucional’, declarou.[...]” STJ - NOTÍCIAS – INSTITUCIONAL, 04/03/2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/04032021-Presidente-do-STJ-defende-aprovacao-da-PEC-da-Relevancia-em-aula-magna-para-estudantes-de-direito.aspx>. Acesso em: 01/02/2021.

general que, durante a batalha, abandona seu posto de comando para ir "atirar" perto de seus escaramuçadores. Já quando se refere à Corte de Cassação italiana, prevê ser difícil acreditar que um tribunal que profere 35.000 decisões por ano e onde a proporção do número de casos julgados no ano em relação ao de magistrados é de 100 pode decidir com o mesmo cuidado que um tribunal que profere 50 decisões por ano (casos da Gra-Bretânia e da Suécia). Tal exame apressado de milhares de casos não é compatível, segundo Tunc, com o bom exercício da função institucional de uma suprema corte, que é a de proporcionar coerência e unidade ao direito nacional. Para Tunc (1978) a escolha dos casos que um Supremo Tribunal irá examinar cuidadosamente e sobre os quais irá proferir uma decisão fundamentada é medida essencial.

Taruffo (1991) lamenta a ausência de um efetivo filtro⁶⁵ de acesso à Corte de Cassação italiana no ordenamento jurídico daquele país. Adverte eventual incompatibilidade de tal instituto com o art. 111 da Constituição da Itália, que garante o acesso de todo o litigante a este último recurso judicial. Aconselha a instituição (alternativa ao filtro de difícil instituição) de critérios de seleção que negue admissibilidade a recursos manifestamente infundados ou reclamações baseadas em questões que não serão determinantes para o resultado da controvérsia. Diante de uma jurisprudência numerosa e incoerente, afirma urgir trazer os tribunais de vértice a trabalhar apenas nas funções que lhe são próprias, ao invés de serem usados como uma espécie de “máquina caça-níqueis”, através da qual o jogador (litigante) arrisca até encontrar aquilo que lhe interessa (TARUFFO, 1991. p. 183, tradução nossa):

Da aplicação rigorosa desses critérios, entretanto, é razoável esperar que o volume de trabalho da Corte seja recuperado dentro de limites razoáveis; pelo menos deixaria de funcionar como uma espécie de máquina caça-níqueis à disposição do litigante que tem interesse em procrastinar os efeitos do julgado, e voltaria a funcionar segundo os princípios que lhe são próprios.⁶⁶

Para Taruffo (2014), a referência ao precedente já não é mais, há algum tempo, uma característica peculiar aos ordenamentos de *common law*, estando agora presente em quase todos os sistemas, mesmo nos de *civil law*. Segundo o doutrinador, a importância do fenômeno parece evidente, principalmente em duas dimensões, além daquela da sua expansão em todos os ordenamentos modernos: na dimensão *teórica* e na dimensão *prática*. A dimensão *teórica* refere-se à circunstância de que o recurso ao precedente caracteriza, de

⁶⁵ ver item 2.1.5 acima.

⁶⁶ No original: “Dall’applicazione rigorosa di tali criteri è tuttavia lecito attendersi che il volume di lavoro della Corte venga riportato entro limiti ragionevoli; se non altro, essa cesserebbe di funzionare come una specie di slot-machine a disposizione del litigante che ha interesse a procrastinare il giudicato, e tornerebbe ad operare secondo i principii che le sono propri.”

maneira peculiar, a estrutura da argumentação jurídica em relação à interpretação da regra do direito e à sua justificação, seja quando o precedente é invocado em sede de análise doutrinária, seja quando ele é dirigido no contexto da interpretação judicial do direito. A importância *prática* do fenômeno consubstancia-se na pesquisa e no uso do precedente jurisprudencial como ferramenta cotidiana do jurista prático (TARUFFO, 2014)⁶⁷.

A exposição de motivos do novo CPC brasileiro deixa em evidência a importância da uniformização da jurisprudência dos Tribunais superiores, *interna corporis*, a fim de viabilizar o respeito aos precedentes: “Sem que a jurisprudência desses Tribunais esteja internamente uniformizada, é posto abaixo o edifício cuja base é o respeito aos precedentes dos Tribunais superiores.” (BRASIL, 2010, p. 436).

Já vimos que uma das principais funções dos tribunais superiores contemporâneos é de *nomofilaquia*, ou seja, de persecução da unidade do Direito mediante sua adequada interpretação. Sobre esta importante função de uma corte suprema explica Mitidiero (2017, p. 80):

A promoção da unidade do Direito realiza-se, de um lado, com a orientação da sociedade civil a respeito do significado do Direito em determinado caso e efetiva vinculação de todo o Poder Judiciário ao sentido outorgado ao Direito pela Corte Suprema a partir de determinada causa, e, de outro, pelo adequado desenvolvimento do Direito diante das novas necessidades sociais.

Taruffo (2014) afirma que a função nomofiláquica (unidade do direito) das cortes supremas deve-se desenvolver em conexão com a função de garantir a uniformidade da jurisprudência, através da emanção de sentenças capazes não só de garantir a interpretação do direito, mas também de impor esta interpretação como cânone de decisões dos casos subsequentes. Ou seja, as cortes supremas devem firmar-se como verdadeiras “cortes de precedentes”. Para Taruffo (2014, p. 14):

hoje a principal função das cortes supremas em muitos ordenamentos de *common law* e de *civil law* é a de assegurar o controle de legitimidade, através da fixação de precedentes destinados a se projetarem como pontos de referência sobre as decisões dos outros juízes. Com fórmula sintética, pode-se falar de “nomofilaquia através do precedente” para indicar que a função típica de uma corte suprema é a de garantir o

⁶⁷ Taruffo (2014) distingue os termos Precedente e Jurisprudência, em suas dimensões quantitativas e qualitativas: “Há, antes de tudo, uma distinção de caráter – por assim dizer – *quantitativo*. Quando se fala do precedente, faz-se geralmente referência a *uma decisão* relativa a um caso particular, enquanto quando se fala da jurisprudência faz-se, normalmente, referência a *uma pluralidade* frequentemente muito ampla de decisões relativas a vários e diversos casos concretos. [...]. Além disso, como muitas vezes acontece, a quantidade condiciona a qualidade, o que leva a individualizar uma diferença *qualitativa* entre o precedente e a jurisprudência.” (TARUFFO, 2014, p. 4) (Destques no original).

respeito uniforme à lei, através de decisões “generalizáveis” e projetadas para o futuro.

Referindo-se à realidade italiana, Taruffo protesta que “não se faz nada para direcionar a Corte de Cassação para o papel de uma verdadeira e própria corte de precedentes, o que exigiria, por exemplo, uma redução drástica no número de decisões, através de mecanismos adequados para a filtragem de recursos” (TARUFFO, 2014, p. 14).

Nestes termos, não caberia às cortes supremas promover a “nomofilaquia do caso concreto” (termo de Taruffo), que é um sistema processual que leva a Corte a pronunciar-se sobre uma infinidade de questões, independentemente do seu interesse ou da relevância geral delas, e, então, independentemente da “universalidade” do critério de decisão que vem utilizado no caso singular. Constata, com desagrado, Taruffo (2014, p. 14):

O que se persegue, na verdade, não é a indicação de regras destinadas a serem aplicadas pelos juízes sucessivos, mas a analítica especificação de “princípios” que na realidade não são princípios, sendo destinados a valer, essencialmente, para o único caso de tempos em tempos decidido. Nenhuma projeção para o futuro, portanto, mas apenas a analítica solução das questões levantadas no caso individual.

3.5 Conclusão

Em conclusão parcial, destacamos neste capítulo a destinação histórica inicial dos recursos às cortes supremas, habilitados para a busca da supremacia da Constituição, da autoridade, validade e inteireza do Direito. No caso do STF, tais escopos podem hoje ser buscados através de outros instrumentos (como a ação direta de inconstitucionalidade e o recurso especial ao STJ, que não existiam em 1891), com a ajuda dos julgamentos do próprio recurso extraordinário, porém só para os recursos que cumprirem requisitos de relevância e generalidade, funcionando o tribunal como uma verdadeira corte de precedentes. Desta forma evitar-se-á o congestionamento que paralisa o STF. O ponto crucial para uma idônea organização das cortes judiciárias está centrado na função que essas devem desempenhar na ordem jurídica. O STF deve ser visto como uma corte de precedentes. Este é um dos fundamentos da criação da Repercussão Geral.

4 CORTES SUPERIORES E CORTES SUPREMAS

Neste capítulo descrevemos com mais detalhes o modelo encontrado em Mitidiero (2015) ou Taruffo (2011) que distingue as Cortes Supremas das Cortes Superiores. Esta divisão é de fundamental importância para nosso objeto: a justificativa da instituição de filtros no acesso de recursos às cortes supremas, como a Repercussão Geral. No modelo demonstra-se que uma corte constitucional não pode ser vista como a fonte final da justiça do caso concreto e que formas de seleção de recursos segundo critérios relacionados com a importância geral das questões levantadas é um dos requisitos para que uma corte de vértice seja vista como suprema. A RG estaria consonante com este modelo?

4.1 Cortes de terceira instância e cortes supremas

Taruffo (1991) nomeia de Cortes Supremas as cortes de vértice que se apresentariam como verdadeiras “Cortes de Precedentes”, cuja função seria promover a unidade do Direito em um Estado Constitucional, e cujas decisões seriam impostas a todos os órgãos judiciários de grau inferior. Em contraposição às Cortes Supremas, classifica como Cortes de Terceira Instância os tribunais que mesmo estando no vértice do sistema judiciário teriam como objetivo principal o interesse da parte que recorre.

Antes de detalharmos os dois modelos de Taruffo (1991), importante destacar que interessa ao nosso tema e ao caso brasileiro a conclusão que chega o doutrinador italiano, que, ao contrapor as Cortes Supremas com as Cortes de Terceira Instância, ressalta a importância de seleção de casos na admissão de recursos para às Cortes Supremas. Adverte Taruffo que se nos colocarmos na perspectiva de que à Corte de vértice caiba a proteção de um direito individual das partes a um terceiro grau de julgamento em torno da solução do caso concreto, seria difícil encontrar uma forma racional de impor limites de acesso a esta instância, ou, em outras palavras, de selecionar os apelos (TARUFFO, 1991).

Adiciona também Taruffo que ocorrem consequências diferentes consoante se presuma uma concepção objetiva ou subjetiva da garantia de legalidade, no exercício da função recursal dos tribunais de vértice. A concepção objetiva concebe que a legalidade deve ser garantida tendo como principais pontos de referência valores do ordenamento jurídico, como a igualdade perante a lei, a certeza da interpretação, a coerência das soluções interpretativas, a unidade do direito, enquanto que a subjetiva concebe que todo sujeito em

litígio teria um direito individual de controle jurídico sobre o caso que lhe diz respeito. A concepção objetiva pode legitimar um sistema de seleção de recursos a estas Cortes, possivelmente com base em critérios de "importância geral" da questão de direito que o recurso suscita. Pelo contrário, a concepção subjetiva da garantia tende a contrastar com a ideia de que é possível selecionar o recurso à Corte, ou, se uma seleção não pode ser evitada, implica que ela seja realizada com base em critérios relacionados ao interesses das partes na controvérsia (TARUFFO, 1991).

A versão objetiva e a versão subjetiva da garantia de legalidade não são, portanto, duas maneiras diferentes de almejar a mesma coisa, nem fenômenos equivalentes ou destinados de alguma forma a se fundir um no outro. Em vez disso, eles representam os pólos de um espaço conceitual diferente dentro do qual o problema de definir o conteúdo dessa garantia pode receber respostas muito diferentes (TARUFFO, 1991).

Diferente do que se pode pensar, Taruffo (1991) não constata (e classifica) o Tribunal de Cassação italiano exclusivamente em nenhum dos dois modelos. Ao invés, visualiza uma "crise de identidade" da Corte⁶⁸, que deriva do fato de que ela oscila entre dois modelos diferentes, e em alguns aspectos até contraditórios. No modelo de Tribunal de Terceira Instância o fator dominante consiste em ver o tribunal de vértice como o terceiro grau do sistema de recursos, enquanto no modelo de Corte Suprema o fator dominante consiste em ver o Tribunal como vértice da jurisdição e garantidor final da legalidade. Efetivamente, as duas definições trazem à tona aspectos diferentes, e às vezes não facilmente conciliáveis, do papel do Tribunal de Cassação (TARUFFO, 1991).

Conforme descreve Taruffo (1991), o modelo da Terceira Instância começou a se delinear quando o Tribunal de Cassação italiano se posicionou no topo do sistema de apelação, e é tecnicamente aperfeiçoado quando o recurso para a Cassação é configurada como recurso ordinário. Perpassa a ideia de que a função da Cassação é concebida na perspectiva processual, ou seja, a Cassação como instância final de controle sobre a legitimidade da sentença impugnada, tanto do ponto de vista da aplicação do direito material, quanto daquele da aplicação do direito processual, e especialmente do controle sobre a legitimidade do procedimento que motivou a decisão sobre o mérito. Essa concepção, pela qual a Cassação verifica a legitimidade substantiva e processual da decisão singular, eliminando os erros já cometidos pelos juízes de primeira instância, encontra confirmação

⁶⁸ Daí o nome de seu livro de 1991: "Il vertice ambiguo: saggi sulla Cassazione civile.": O vértice ambíguo: ensaios sobre a cassação civil." (Tradução nossa).

atual (TARUFFO, 1991) em diversas manifestações legislativas que vão desde a definição do papel da Cassação apenas como um controle sobre a "exata observância", prevista no art. 65 da Legge di Ordinamento Giudiziario – LOG (ITALIA, 1940)⁶⁹, típica das leis do século XIX sobre o sistema judiciário italiano, até a leitura substantiva do art. 111⁷⁰, parágrafo segundo da Constituição italiana (ITALIA, 1947).

O modelo da “Corte Suprema” também está presente ao longo da história da Cassação, entrecruzando-se com o outro modelo e por vezes encontrando manifestações de considerável importância. Pode ser reconhecido, segundo Taruffo (1991), no Tribunal de Cassação das origens, que não era um órgão propriamente judicial, e no posicionamento institucional que a Constituição atribui ao Tribunal (TARUFFO, 1991).

Destaca Taruffo que uma das críticas fundamentais que se dirigem à forma como a Corte interpreta concretamente o seu papel consiste em observar que privilegia sobremaneira a consideração do *ius litigatoris* sobre a proteção do *ius constitutionis* (TARUFFO, 1991). Em outras palavras, afirma Taruffo que a Corte atua essencialmente no nível da verificação da legitimidade da decisão singular (ou seja, como juiz de terceira instância, ainda que apenas de legitimidade), e não no da elaboração da melhor interpretação das normas (o que normalmente é esperado de uma verdadeira Corte Suprema). (TARUFFO, 1991).

4.1.1 O problema da nomofilaquia

⁶⁹ Art. 65. Atribuições da Suprema Corte de Cassação. A Corte de Cassação, como órgão supremo de justiça, garante a exata observância e a interpretação uniforme do direito, a unidade do direito nacional objetivo, o respeito pelos limites das várias jurisdições; regula os conflitos de competência e de poderes, e cumpre as demais atribuições que a lei lhe confere. A Suprema Corte de Cassação tem sede em Roma e jurisdição sobre todo o território do reino, o império e qualquer outro território sujeito à soberania do Estado. (ITALIA, 1941, tradução nossa). No original: “Art. 65. Attribuzioni della corte suprema di cassazione. La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni; regola i conflitti di competenza e di attribuzioni, ed adempie gli altri compiti ad essa conferiti dalla legge. La corte suprema di cassazione ha sede in Roma ed ha giurisdizione su tutto il territorio del regno, dell'impero e su ogni altro territorio soggetto alla sovranità dello Stato.” (ITALIA, 1940, tradução nossa).

⁷⁰ Art. 111.(...) Contra as sentenças e contra as providências sobre a liberdade pessoal, emitidos pelos órgãos jurisdicionais ordinários ou especiais, é sempre admitido o recurso no Tribunal de Cassação por violação de lei. Pode-se derrogar essa norma somente para as sentenças dos tribunais militares em tempo de guerra. (...) No original: “Art. 111. (...) Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla liberta personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, e sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si puo derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra. (ITALIA, 1947, tradução nossa).

Definimos no item 3.1.2, com base em Mitidiero (2015), que a função de *nomofilaquia* do recurso dirigido à Corte Suprema consubstancia-se na busca da unidade do Direito mediante sua adequada interpretação.

As variações na forma de como um Tribunal de vértice interpreta seu próprio papel institucional não podem deixar de ter consequências na definição das funções que tradicionalmente constituem esse papel.

Importa considerar esta que segundo Taruffo (1991) é a principal função dos tribunais de vértice nos Estados Constitucionais contemporâneos: a função de *nomofilaquia*, ou promoção da unidade do Direito. A esse respeito, pode-se observar, no caso italiano, que a literalidade do art. 65 da LOG incorpora uma versão formalista, ligada ao positivismo tradicional, onde se afirma que o Tribunal “*garante a exata observância*” do direito. O valor dominante parece ser, de fato, a exatidão, ou seja, a correspondência da solução aceita pelo acórdão impugnado com a interpretação da regra que parece ser exata, como único resultado possível de um cálculo interpretativo entendido como “objetivo” e “lógico – dedutivo” (TARUFFO, 1991).

Assevera Taruffo (1991), no que aderimos plenamente, que essa versão da *nomofilaquia* é insustentável no plano teórico geral (de um Estado Constitucional). Como não há, *a priori*, resposta certa interpretativa com respeito a qualquer norma, a função da Corte de Cassação não pode ser configurada como a determinação e descoberta de um “significado exato” da norma, que na realidade não existe (TARUFFO, 1991).

Para Taruffo (1991), existe a possibilidade, com base em uma teoria de interpretação confiável e substancialmente consistente com a função de Corte Suprema nos sistemas jurídicos modernos, de definir a *nomofilaquia* a partir da escolha da interpretação “justa” da norma que é aplicada para o caso concreto. Falar de uma interpretação “justa” em vez do significado “exato” da norma significa colocar o problema em uma perspectiva metodológica diferente e assumir que o Tribunal de Cassação (como qualquer outro intérprete) não deseja “detectar” ou “calcular” o significado objetivo da norma, mas fazer escolhas, essencialmente avaliativas, voltadas para a determinação amplamente criativa do que pode ser precisamente considerada a interpretação justa da norma (TARUFFO, 1991).

No entanto, dado que esta determinação nunca é dada *a priori*, e que pelo contrário é sempre o resultado da atividade interpretativa e das escolhas que o Tribunal nela formula, torna-se evidente que a função de *nomofilaquia* se expressa de maneira diferente, e

pode levar a diferentes características, dependendo da forma como o Tribunal interpreta seu papel (TARUFFO, 1991).

Assim, por exemplo, uma coisa é considerar que esse papel consiste essencialmente em identificar os erros de direito cometidos pelos juízes de mérito nas decisões anteriores do caso individual, e outra é considerar que esse papel consiste essencialmente em identificar a interpretação da regra mais justa que, em qualquer caso, encontrará aplicação. Na primeira hipótese, típica do modelo da Terceira Instância, a atividade interpretativa está voltada para o passado e é direcionada para verificar o fundamento jurídico de uma decisão já tomada: mais propriamente, visa estabelecer se essa decisão está ou não viciada por erros. Esta decisão já está "dada"; o problema é ver se ela "se mantém" em suas premissas ou se está "errada". (TARUFFO, 1991).

O Tribunal tende então, tendo em conta o caso concreto com toda a sua especificidade, a escolher a interpretação que lhe parece mais certa e a utilizar a interpretação assim identificada como critério para apreciar a certeza jurídica da decisão impugnada. O que assim vem à tona é a escolha da decisão juridicamente mais correta do caso concreto; o que, por outro lado, fica em segundo plano, como subproduto, é a escolha da interpretação mais correta da norma considerada em si, ou mesmo a possibilidade de que essa interpretação sirva de precedente. (TARUFFO, 1991).

As coisas são muito diferentes na situação típica do modelo da Corte Suprema, onde a função da nomofilaquia consiste essencialmente em estabelecer a interpretação mais correta da norma em geral. Também nesta perspectiva, o controle da decisão de um caso concreto é a ocasião para a intervenção do Tribunal. No entanto, o Tribunal "usa" o caso específico como meio de identificar um problema interpretativo ligado à aplicação de uma determinada norma (tanto melhor se for um problema novo), e principalmente levanta a questão de redefinir a interpretação em termos gerais da norma tendo em conta o problema colocado pelo caso concreto. Uma vez concluída esta redefinição, o Tribunal reavalia a sentença impugnada para estabelecer se a aplicação da norma nela feita é compatível ou não com a interpretação "correta" da norma (TARUFFO, 1991).

É, portanto, uma operação interpretativa que parte do caso concreto (e "retorna" a ele), mas não é condicionada por ele. O problema é também determinar se a sentença impugnada é juridicamente falsa, mas é sobretudo definir ou redefinir a correta interpretação da norma de acordo com os cânones gerais da interpretação da lei. Nesse sentido, é uma

atividade interpretativa essencialmente voltada para o futuro: é claro, de fato, que um de seus principais objetivos é orientar a jurisprudência posterior, ou seja, fornecer um precedente para a correta interpretação daquela norma (TARUFFO, 1991).

4.1.2 A interpretação uniforme da lei

A função de garantir a interpretação uniforme da lei também merece algumas considerações, uma vez que também assume relevos e significados diversos dependendo do "modelo" utilizado (TARUFFO, 1991). Certamente é possível compreender a interpretação uniforme do direito de maneira formalista, ou seja, como uma homogeneização estática e autoritária. Na verdade, é provável que o legislador italiano do art. 65 da LOG de 1941 (ITÁLIA, 1941), já citado, cultivou precisamente uma ideia deste tipo, ao associar a uniformidade da jurisprudência à garantia da “unidade do direito nacional objetivo” (TARUFFO, 1991).

O fato é, porém, que esta não é de maneira alguma a única forma possível de compreender a uniformidade da jurisprudência.

De fato, se o modelo da "terceira instância" for adotado, a realidade da uniformidade torna-se um fato completamente indiferente aos intérpretes e, de fato - com toda probabilidade - assume as características de um disvalor (TARUFFO, 1991). Quem acredita que a função essencial do tribunal de vértice consiste em garantir a correta decisão do caso concreto, vinculando a interpretação da norma à peculiaridade deste e articulando o controle como busca de erros cometidos pelo juiz de primeira instância, não está interessado no que acontece nos outros casos concretos: a uniformidade pode de fato ser até um obstáculo à busca da solução certa ao caso a julgar. Em uma atitude em que cada caso é uma história em si mesmo, porque é visto em sua unicidade irrepetível, não há muito espaço para uniformidade na interpretação da lei: se e em que medida isso existe, é visto como uma rotina ou vínculo formal. Na mesma atitude, a lógica baseada no princípio de que casos iguais devem ser tratados uniformemente não faz muito sentido, pois tendemos a pensar que dois casos nunca são iguais. (TARUFFO, 1991)

A situação é obviamente diferente se o modelo da "Corte Suprema" for adotado. Se a função deste Tribunal é garantir a aplicação da regra de acordo com a interpretação que pareça justa com base em critérios gerais, é óbvio que esta interpretação deve ser aplicada em termos gerais, desde que pareça correta e razoável, ou seja: para todos os processos que se

refiram ao mesmo caso, até que existam motivos fundamentados, por sua vez de ordem geral, para uma interpretação diferente (TARUFFO, 1991).

Nessa ordem de ideias, o precedente torna-se realmente significativo mesmo em um sistema no qual sua eficácia só pode ser persuasiva. A função do processo, com efeito, é precisamente a de constituir o critério de referência para uma jurisprudência basicamente uniforme. Igualmente importante torna-se a decisão que modifica a anterior e rompe a uniformidade, criando um novo precedente, pois deve justificar a mudança na interpretação da lei (TARUFFO, 1991).

A uniformidade torna-se um valor importante se for entendido que a função da corte de vértice é principalmente a de uma Corte Suprema, ou seja, garantir que a interpretação "justa" da lei seja aplicada de acordo com o princípio da igualdade (TARUFFO, 1991).

Parece claro que se nos colocarmos na perspectiva de que a Corte de Vértice implemente um direito individual das partes a um "Terceiro Grau" de julgamento em torno da solução correta do caso concreto, é difícil encontrar uma forma racional de selecionar os apelos (TARUFFO, 1991). Aqui a ideia de, por exemplo, só admitir recurso ao tribunal de casos imbuídos de repercussão geral não faria sentido. Se, por outro lado, pensarmos no modelo de "Corte Suprema", a questão da seleção dos recursos surge em termos muito diferentes. Por um lado, com efeito, a ideia de excluir, por exemplo, o exame dos recursos manifestamente infundados torna-se coerente e funcional; por outro lado, parece legítimo pensar em formas de seleção de recursos segundo critérios relacionados com a importância geral das questões levantadas (ou seja, a possibilidade de o Tribunal ditar precedentes significativos a este respeito) e não a sua relevância para a solução do caso concreto individual. (TARUFFO, 1991).

4.2 Cortes Superiores e Cortes Supremas

Mitidiero (2014), à semelhança de Taruffo (1991), diferencia, num plano abstrato (e por razões práticas), as Cortes Supremas das Cortes Superiores⁷¹. As Superiores seriam as que ocupam o vértice dos ordenamentos jurídicos, mas não alcançaram a evolução, ou não

⁷¹ Mitidiero usa o termo Corte Superior, no lugar de Corte de Terceira Instância, de Taruffo. Imagino, que porque no Brasil, foco principal de Mitidiero, deveria ser Corte de Quarta Instância, se nos referirmos ao STF. Destaque-se que Mitidiero apresenta um modelo mais detalhado de Cortes de Vértice. O autor também usa os termos Cortes de Justiça (correspondentes às Cortes Superiores) e Cortes de Precedentes (correspondentes a Cortes Supremas). (MITIDIERO, 2014, p. 34).

têm competência constitucional, suficiente para serem classificadas de Supremas. Fixadas estas premissas, Mitidiero (2014) avalia a caracterização do STF (e do STJ) segundo estes modelos.

Conforme detalharemos a seguir, e com base no modelo de Mitidiero (2014), podemos entender as Cortes Superiores e as Cortes Supremas de acordo com pressupostos conceituais, estruturais, funcionais e eficaciais pertinentes. De forma resumida, e em termos similares ao modelo de Taruffo (para Cortes de Terceira Instância e Cortes Supremas, na ordem), assim dispõe Mitidiero sobre as características das Cortes Superiores e das Cortes Supremas (MITIDIERO, 2014, p. 40):

Sumariamente, as Cortes Superiores estão vinculadas a uma compreensão cognitivista do Direito, a jurisdição é entendida como simples declaração de uma norma pré-existente e o escopo está em controlar a decisão recorrida mediante uma jurisprudência uniforme, sem que as razões expendidas pelos juízes possam ser consideradas como fontes primárias do Direito. As Cortes Supremas estão vinculadas a uma compreensão não cognitivista e lógico-argumentativa do Direito, a jurisdição é entendida como reconstrução e outorga de sentido a textos e a elementos não textuais da ordem jurídica e o escopo consiste em dar unidade ao Direito mediante a formação de precedentes, entendidas as razões adotadas nas decisões como dotadas de eficácia vinculante.

A partir do detalhamento dos modelos procederemos a um enquadramento da prática do Supremo Tribunal Federal em algum desses dois modelos (ou num misto dos dois, como fez Taruffo para a Corte de Cassação italiana) e a uma análise da pertinência ou necessidade de um filtro constitucional, a partir deste enquadramento, como pretende ser a Repercussão Geral, a fim de que o STF tenha condições de desempenhar suas altas funções.

4.2.1 Cortes Superiores

4.2.1.1 Cortes Superiores – Pressupostos conceituais

Os pressupostos teóricos - concernentes à teoria das normas, à teoria da interpretação judicial e às relações que se estabelecem entre a legislação e a jurisdição - outorgam os elementos indispensáveis para delimitação do conceito de Corte Superior (MITIDIERO, 2014). Segundo Taruffo (1991), no mesmo sentido, o papel de um Tribunal é definido por um entrelaçamento coerente de ideias norteadoras que se implicam e conectam umas às outras (TARUFFO, 1991).

A Corte Superior - tomada como um modelo de corte de vértice da organização judiciária - caracteriza-se por pressupor, do ponto de vista da teoria do direito, nos termos de

Mitidiero (2014, p. 35): “a identificação entre texto, norma e regra jurídica, a adoção da teoria cognitivista da interpretação judicial e a assunção da declaração da norma jurídica pré-existente que rege o caso concreto levado a juízo pelas partes como tarefa da jurisdição”. Complementa o autor, que a função jurisdicional desta Corte é de controle da aplicação da legislação em todos os casos, através de atividade jurisdicional reativa e com eficácia das decisões restrita às partes. A exata interpretação da lei forma-se a partir de reiteradas decisões no mesmo sentido de uma jurisprudência uniforme. A jurisprudência uniforme serve como meio (não é fim) pelo qual a Corte pode desempenhar a sua função de controle da legalidade da decisão recorrida. (MITIDIERO, 2014, p. 35):

A eficácia das decisões da Corte Superior é restrita às partes do caso concreto, não constituindo a jurisprudência fonte primária do Direito. Como simples declaração particularizada de uma norma pré-existente, as decisões da Corte Superior têm eficácia *ex tunc*, não constituindo sua uniforme aplicação para o passado caso de violação à segurança jurídica, mas antes lógica imposição da norma que prevê a igualdade de todos perante a lei.

O modelo de Corte Superior pressupõe em primeiro lugar a assunção dos dogmas da estatalidade e da completude do Direito, típicos da grande maioria das construções conceituais da cultura jurídica europeia do século XVIII e XIX. Em segundo lugar, pressupõe a compreensão da teoria da interpretação judicial como uma atividade puramente lógico-intelectual de descoberta do significado exato e objetivo da norma legislativa, igualmente própria da cultura jurídica do século XIX. Em terceiro lugar, uma particular concepção a respeito da teoria da separação dos poderes (MITIDIERO, 2014).

4.2.1.1.1 A assunção dos dogmas da estatalidade e da completude do Direito

A afirmação da estatalidade do Direito encontra sua primeira concretização no que atine ao processo civil ainda no século XVII com a elaboração e promulgação do *Code Louis* - nome dado aos “decretos sobre a reforma da justiça civil e criminal” de 1667 e 1670, em homenagem ao Rei Luís XIV (MITIDIERO, 2014). Já a afirmação da completude da ordem jurídica é fruto típico do século XIX. Na França, por exemplo, o dogma da completude deriva da leitura realizada pela *École de l'Exégèse* do *Code Napoléon* (1804) (MITIDIERO, 2014).

Em ambos os casos, o contexto em que se inserem estatalidade e completude da ordem jurídica (como descrito com mais vagar no item 3.4 acima) é aquele da superação do particularismo jurídico e da afirmação da codificação como a forma ideal para identificação, organização e concentração do Direito (MITIDIERO, 2014).

No mesmo sentido testemunha Orlando Gomes (2012) de que era natural que a ideia de projetar e coordenar todos os setores da convivência humana num sistema jurídico sem lacunas, que se justificasse logicamente, emergisse na Europa do século XIX, até mesmo com impulso revolucionário, e que a concepção do Estado de Direito formulada por Locke no século XVII "viesse a se plasmar na realidade por meio da codificação" (GOMES, 2012, p. 9). Fez-se sentir desse modo a necessidade de superar o particularismo jurídico então dominante a fim de se dar unidade e coerência às leis vigentes.

Em geral, a cultura jurídica do século XIX, em parte por influência da *École de l'Exégèse*, em parte por influência da Jurisprudência dos Conceitos, identificava o Direito com o texto da legislação e o processo de sua produção e reconhecimento com um processo abstrato e puramente lógico-dedutivo, sendo resultado dessas opções a tendência da ciência jurídica a um alheamento da sua matriz cultural (MITIDIERO, 2014). Não se pode compreender o fenômeno da codificação, por exemplo, sem focalizá-lo no seu aspecto de correspondência a um programa político de mudança estrutural da sociedade, além de uma exigência de racionalização das leis (GOMES, 2012, p. 9).

Em especial, no terreno da teoria da norma jurídica, partia-se da sinonímia entre texto, norma e regra, pressupondo-se a identificação entre texto e norma e assimilando-se toda norma a uma regra que facultava ou determinava certa conduta diante de uma dada situação. Os princípios não tinham caráter normativo e, portanto, funcionavam apenas como fundamentos para normas (MITIDIERO, 2014).

Foi na França, entre os cultores do direito civil, logo após o advento do Código Civil de Napoleão (1804), que a Escola da Exegese teve o seu desenvolvimento inicial. A influência dessa Escola, contudo, ultrapassou as fronteiras da França e se fez presente na maior parte dos países da Europa continental do século XIX, sendo que, ainda hoje, exerce uma influência significativa no ensino e prática do direito (LIMA, 2008).

As razões históricas da teoria da plenitude lógica do direito, nos termos em que foi adotada pela Escola da Exegese, remontam às concepções iluministas ainda muito presentes no pensamento ocidental, àquele tempo, em especial na França. A nova ordem fundada nos ideais da classe burguesa depositou no sistema rígido dos códigos toda a sua necessidade de certeza e segurança jurídica. Os códigos eram, então, considerados "a transcrição humana das leis que se encontram na natureza – o repositório do direito natural, sendo, por isso mesmo, tidos como perfeitos e a única fonte do direito. Tudo, acreditava-se,

havia sido colocado nos códigos” (LIMA, 2008). Não era permitido que se buscasse outras fontes do Direito que não fosse a lei.

À Escola da Exegese, na França, correspondeu o Pandectismo, na Alemanha. Existe, entretanto, uma diferença marcante entre uma e outro. A primeira vem como um dos frutos da codificação realizada na França; já o segundo, não resulta de uma codificação, o que só vai ocorrer na Alemanha a partir de 1900, com o BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), que unificou o direito civil na Alemanha. O Pandectismo se baseia no estudo sistemático do direito romano (LIMA, 2008)⁷², sendo essa a sua principal contribuição à ciência do direito. O próprio nome da Escola tem nas fontes de direito romano a sua origem, uma vez que os pandectistas do século XIX se dedicaram, sobretudo, ao estudo da segunda parte do *Corpus Iuris Civilis* – as “*Pandectas*”. Diferentemente da França, a Alemanha continuou, devido à sua tardia unificação, por muito mais tempo presa aos seus inúmeros direitos locais e ao direito romano, que era tido como uma fonte do Direito (LIMA, 2008). Nestes termos Lima (2008, p. 119) marca o que tem de diferente entre as duas escolas:

“Todavia, há uma diferença crucial entre os pandectistas e os exegetas franceses. Para esses últimos o ponto de partida é a lei, considerada como princípio racional formulado para sempre pelo legislador, devido à idolatria dos códigos. Toda a cadeia de deduções silogísticas partia dos textos legais. Já para os pandectistas, diante da falta de códigos, o ponto de partida era os textos do direito romano, o *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano. A leitura dos inúmeros direitos locais na Alemanha, ao tempo dos pandectistas, era feita a partir das fontes romanas. Interpretavam-se os textos da compilação justiniânica tendo como objetivo a sua aplicação enquanto fonte direta do direito alemão.

Justifica Lima (2008) a importância do estudo destas teorias, seus avanços e retrocessos, construídas ao longo do tempo, e da relação de dependência com o que lhes antecede e, ao mesmo tempo, uma certa determinação do que lhes sucederá. Desta forma deve ser visto o destaque histórico à Escola da Exegese. “O fato de essa Escola ter reduzido a atuação do intérprete e, em especial, a do julgador a uma mera função mecânica de lógica dedutiva, não nos autoriza relegá-la ao esquecimento e muito menos promover sua execração” (LIMA, 2008, p. 120).

O objetivo destas descrições históricas aqui é marcar uma forma de agir perante à jurisdição que caracteriza um modelo ainda muito visto, o das Cortes Superiores, identificar

⁷² O renascimento do direito romano, conforme Iara Menezes Lima (2008, p. 118), “começa pela Itália, em 1100, nas universidades nascentes, tendo a Faculdade de Bolonha como precursora. O ensino do direito romano é propagado por toda a Europa, na medida em que as universidades se multiplicam. E durante seis séculos, até o fim do século XVIII, os direitos romano e canônico ocupam o principal papel no ensino das universidades europeias”

se este modelo veste nosso STF e identificar o papel da Repercussão Geral na sequência deste diagnóstico.

4.2.1.1.2 A compreensão da teoria da interpretação judicial como uma atividade puramente lógico-intelectual

No campo da interpretação jurídica, o modelo de Corte Superior pressupõe uma teoria da interpretação cognitivista - também conhecida como "formalista"⁷³ (MITIDIERO, 2014) ou simplesmente como "formalismo interpretativo" (TARUFFO, 1991). Vale dizer: interpretar significa descobrir o significado intrínseco ao texto normativo, incorporado e pré-existente à interpretação. Trata-se de um ato de puro conhecimento (MITIDIERO, 2014).

O exame das normas do Código de Processo Civil de 1973 que regulavam a decisão judicial sugeria que o estatuto, agora revogado, se filiava à concepção de decisão judicial típica do formalismo jurídico que dominava a cultura jurídica brasileira à época da sua edição (MELO, 2016). O sistema jurídico, para o formalismo jurídico, é compreendido como uma ordem composta basicamente de leis editadas pelo poder legislativo e se caracterizava pela capacidade de oferecer solução para todos os fatos da vida que de alguma maneira haviam sido regulados pelas normas previstas nos textos legais (MELO, 2016). Complementa o professor Claudio Ari Melo, sobre a legislação processual que suplantamos com o CPC de 2015 (MELO, 2016, p. 1):

A decisão judicial compunha-se da investigação dos fatos demonstrados no processo judicial, da interpretação dos documentos normativos e da aplicação das normas interpretadas aos fatos apurados. A interpretação parecia compreendida como uma tarefa essencialmente cognitiva, ou seja, a tarefa do juiz limitava-se a conhecer o significado dos enunciados normativos contidos na legislação. O legislador não demonstrou preocupação com a atividade de conhecimento do significado dos textos legais. De fato, o Código de 1973 sugere um legislador confiante na capacidade dos documentos normativos de possuírem um significado suficientemente claro, determinado e preciso, plenamente apreensível pela mente do juiz.

Nessa linha, a interpretação tem como objetivo declarar a única, exata, objetiva e correta interpretação da lei. O método interpretativo é lógico-dedutivo e exclui escolhas discricionárias do intérprete (TARUFFO, 1991, p. 74).

Esse modo de compreender a interpretação jurídica teve uma influência muito significativa na formação do direito processual civil e, muito especialmente, presidiu o modo como, por exemplo, foram concebidas a *Cour de Cassation* francesa, a *Corte di Cassazione*

⁷³ Mitidiero (2014, p. 33) adverte que há autores que entendem ser possível que uma determinada teoria da interpretação seja ao mesmo tempo cognitivista e não formalista, “como entende Enrico Diciotti ser o caso de Ronald Dworkin”.

italiana e as demais cortes judiciárias de vértice de tradição romano-canônica criadas no século XIX, como a brasileira (MITIDIERO, 2014; TARUFFO, 1991; MARINONI, 2013).

4.2.1.1.3 Uma particular concepção a respeito da teoria da separação dos poderes

O modelo de Corte Superior pressupõe ainda uma particular concepção a respeito da teoria da separação dos poderes (MITIDIERO, 2014).

Nessa perspectiva, a redução do Direito à legislação e a compreensão da interpretação como ato de simples conhecimento levam a uma organização política que vê no legislador o criador da norma, encarregado da redação do texto e da outorga de sentido, e no juiz um simples aplicador mecânico da norma pré-existente (MITIDIERO, 2014).

O modelo de Corte Superior, portanto, assume como pressuposto teórico a existência de uma verdadeira e própria norma legislativa pré-existente ao momento da aplicação judicial, cuja função (da Corte Superior) está em simplesmente declarar a sua exata interpretação. A tarefa da interpretação judicial está na descoberta desse significado, intrínseco ao texto legislativo. Daí a compreensão da Corte Superior como uma Corte voltada para tutela da legalidade - aí entendida como controle da exata interpretação da norma pré-existente e unívoca outorgada pelo legislador (MITIDIERO, 2014).

4.2.1.2 Cortes Superiores – Competência e Estrutura

Como dito, o modelo de Corte Superior dá razão a uma particular conformação entre Poder Judiciário e o Poder Legislativo e condiciona a relação entre os próprios membros do poder Judiciário, dada a uma estrutura hierárquica e de controle (MITIDIERO, 2014).

Dentre os pressupostos teóricos que dão suporte ao modelo de Corte Superior encontra-se a crença de que o ato de aplicação judicial do Direito consiste tão somente em um processo lógico-dedutivo, fundado sob um silogismo, em que a premissa maior é a norma, a premissa menor é o fato e a conclusão é a decisão judicial. Partindo dessa separação entre questões de fato e questões de direito, reserva-se à Corte Superior exclusivamente o exame de questões de direito (MITIDIERO, 2014).

Esta conformação consiste em impor e depois manter um modelo de Corte de Vértice que tem grande relevância não só por suas conotações técnico-jurídicas, mas sobretudo porque incorpora e expressa, no momento em que exalta o valor da uniformidade

da jurisprudência e o papel do Tribunal em garanti-la, uma doutrina global de justiça rica em implicações estruturais significativas (TARUFFO, 1991).

Uma tal concepção de Judiciário está organicamente ligada a essas doutrinas da interpretação da lei e da função do Judiciário. Baseia-se na concepção do Judiciário como um corpo compacto, indiferente ao interior, embora fortemente diferenciado do exterior, que deve fazer escolhas homogêneas em vários níveis e em diferentes lugares (TARUFFO, 1991).

O fato de que se trata de uma homogeneidade orientada no sentido de um conformismo generalizado ao poder político não parece relevante no contexto teórico, ao passo que parece muito relevante no plano político: o que se deseja de fato não é um judiciário que realiza escolhas uniformes com total autonomia e independência, mas um Judiciário homogêneo com o complexo sistema de poder (TARUFFO, 1991).

O dogma teórico da uniformidade da jurisprudência revela isso como um valor político instrumental: a jurisprudência produzida por um judiciário compacto e homogêneo deve ser uniforme, pois desta forma o poder político é capaz de assegurar o controle total sobre a administração da justiça (TARUFFO, 1991).

A compactação e homogeneidade do judiciário são, além disso, perseguidas como instrumento típico da ideologia autoritária do poder. Este instrumento é a organização rigidamente hierárquica, profissional e centralizada do Judiciário, em que os juízes se distinguem pela autoridade e posição burocrática, e o poder "desce" de um vértice que tudo domina e é o verdadeiro e principal fiador da contra-justiça política (TARUFFO, 1991).

O parâmetro de controle é a lei e o seu objeto é a decisão judicial, de modo que a Corte Superior tem a competência para proceder em realidade a uma verdadeira "caça ao erro" cometido por outros órgãos jurisdicionais (MITIDIERO, 2014).

É por essa razão que a Corte Superior é uma corte de tutela da legalidade diante das decisões judiciais. A função da Corte Superior é vocacionada a consertar o passado, controlando a aplicação judicial da lei no caso concreto, sendo voltada para a aferição e controle dos erros judiciais. Nessa perspectiva, a interpretação da lei não constitui propriamente a finalidade da Corte Superior. A interpretação da lei é na verdade um meio para obtenção do fim - controle de legalidade das decisões judiciais (MITIDIERO, 2014). Em consonância com o reconhecimento desta configuração em nosso país, Ovídio A. Baptista da Silva (SILVA, 1997) adverte sobre as reformas do processo no Brasil:

Embora se deva reconhecer o inegável mérito das tentativas de *modernização* de nosso processo civil, todas elas, como já o dissemos, serão incapazes de produzir uma transformação significativa em nossa experiência judiciária. Sem uma profunda e corajosa revisão de nosso *paradigma*, capaz de torná-lo harmônico com a sociedade complexa, pluralista e democrática da experiência contemporânea, devolvendo ao juiz os poderes que o iluminismo lhe recusara, todas as reformas de superfície cedo ou tarde resultarão em novas desilusões.

Dito claramente: a Corte Superior é uma corte de controle, não uma corte de interpretação do Direito. Nisso consiste, a propósito, a particular nomofilaquia do recurso dirigido à Corte Superior. A função nomofilática da Corte Superior está na defesa da legislação diante das decisões judiciais. Como dito, nessa linha, a uniformidade da jurisprudência aparece aí apenas como um instrumento em relação à função de controle desempenhada pela Corte. É um meio, e não um fim (MITIDIERO, 2014).

As decisões da corte Superior podem formar jurisprudência que, mesmo sendo objeto de referência no âmbito da argumentação jurídica, não são, todavia, dotadas desta eficácia vinculante. Pode-se dizer, na verdade, que essas decisões não representam verdadeiros e próprios precedentes, mas são simplesmente usados como *exemplos*. Sua função, portanto, não é a de indicar o critério de decisão que deve ser seguido no caso sucessivo, mas, simplesmente, de mostrar que a norma em questão foi aplicada de certa maneira em um determinado caso (TARUFO, 2014).

No modelo de Corte Superior, a existência de várias interpretações concomitantes e diferentes da legislação por vários órgãos do Poder Judiciário não é vista como uma disfunção ou um problema no sistema jurídico, mas como algo natural e até desejável. Isso porque “a função da Corte Superior é a de tutela da legalidade mediante controle das decisões judiciais recorridas tendo como parâmetro uma jurisprudência uniforme, não sendo a de promoção da unidade do Direito” (MITIDIERO, 2014, p. 47).

A função de nomofilaquia própria à Corte Superior, portanto, está intimamente vinculada com o controle da legalidade das decisões judiciais tendo como parâmetro uma jurisprudência uniforme. Isso quer dizer que um mecanismo essencial para o seu funcionamento é o recurso da parte interessada nesse controle (MITIDIERO, 2014). Como a dispersão na jurisprudência é natural e até bem-vinda nesse modelo de corte, a unificação da jurisprudência só pode ocorrer ao longo das decisões dos diversos casos e a partir do momento em que a parte interessada efetivamente interpõe o recurso para a Corte Superior a fim de incitá-la ao controle da legalidade da decisão recorrida. Para que a Corte Superior funcione, ela tem de necessariamente examinar e pronunciar-se sobre todos os recursos para ela interpostos (MITIDIERO, 2014).

Daí que é perfeitamente compreensível, diante desse modelo, que o direito ao recurso à Corte Superior seja concebido como um verdadeiro direito subjetivo da parte - isto é, o recurso como *jus litigatoris* (TARUFFO, 1991), e que “seja com ele geneticamente incompatível a existência de filtros recursais e de técnicas de julgamento em bloco de recursos” (MITIDIÉRO, 2014, p. 49).

Se a função da Corte Superior é uma função de controle de legalidade das decisões judiciais, é necessário que aprecie todos os recursos em que a parte afirme a existência de uma violação à lei pela decisão recorrida e que a sua função só possa ser cumprida integralmente “com o exame de todos os recursos a ela interpostos” (MITIDIÉRO, 2014, p. 49). O reconhecimento de direito subjetivo ao recurso à Corte Superior para as partes à vista da simples afirmação de uma violação à legislação, portanto, funciona como um componente de fundamental importância para o adequado funcionamento do modelo. E isso porque, sem recurso, não há como controlar a legalidade das decisões judiciais das instâncias ordinárias: funciona aí o interesse privado a serviço do interesse público (MITIDIÉRO, 2014).

Pela configuração exposta, em particular pela incompatibilidade da existência de filtros recursais com o modelo, percebe-se a inviabilidade da instituição de qualquer critério de admissibilidade similar ao do instituto da Repercussão Geral em um tribunal de vértice configurado como uma Corte Superior.

4.2.1.3 Cortes Superiores – Eficácia das decisões: efeitos *ex tunc* e *inter partes*

As decisões das Cortes Superiores são dotadas exclusivamente de eficácia *inter partes* e não tem efeito vinculante. Isto por ser uma corte de controle da legalidade das decisões judiciais a partir de uma jurisprudência uniforme, produto de reiterada declaração do exato e intrínseco significado do texto da lei. Isso se deve ao fato de: i) do ponto de vista de seus pressupostos teóricos, a Corte Superior apenas declarar uma norma pré-existente ao decidir e, ii) do ponto de vista de sua função, encontrar-se pré-ordenada tão somente para o controle da legalidade das decisões judiciais mediante recurso da parte interessada (MITIDIÉRO, 2014).

A teoria cognitivista da interpretação tem como pressuposto a existência de uma norma pré-existente a ser declarada, ou seja, pressupõe a existência de um significado normativo unívoco incorporado ao texto legislativo, sendo função da jurisdição apenas declará-lo visando à disciplina do caso concreto (MITIDIÉRO, 2014). Nessa perspectiva,

considerando-se que a norma é um elemento já dado pelo legislador e que a sua interpretação não implica reconstrução do seu sentido é natural que a decisão judicial e, mais propriamente, as razões que a justificam não podem ter qualquer impacto na ordem jurídica. Desta forma, como simples reproduções das normas legisladas, as decisões judiciais não têm qualquer valor adicional para o ordenamento jurídico (MITIDIERO, 2014).

Em tal contexto conceitual, as razões adotadas pela Corte Superior sequer podem ser consideradas verdadeiras decisões e nem mesmo podem ser tidas como integrantes do verdadeiro ato judicial: “sendo essa um ato simplesmente lógico-dedutivo, não há espaço para verdadeira escolha do intérprete capaz de representar um efetivo juízo na sua fundamentação” (MITIDIERO, 2014, p. 50).

Para Mitidiero, a limitação da cognição da Corte Superior às questões de direito conjugada com o reconhecimento de que a decisão judicial fica circunscrita à parte dispositiva da decisão (onde se declara a norma pré-existente) acarreta a neutralização da importância das questões de fato na composição do caso concreto e, portanto, no quadro geral da atividade forense, e a neutralização da importância da fundamentação das decisões judiciais como verdadeiro juízo sobre questões fático-jurídicas (MITIDIERO, 2014).

Aqui cabe retomar a diferença conceitual entre jurisprudência e precedente. As reiteradas decisões em um mesmo sentido por Cortes Superiores enquadram-se bem no conceito de jurisprudência (e não de precedente). Falta a análise comparativa dos fatos, pelo menos na imensa maioria dos casos anunciados como jurisprudência, como nas *massime* italianas, nos assentos portugueses e nas súmulas brasileiras (OTEIZA, 2010).

Conforme lição de Taruffo (2014), a característica mais importante das *massime* italianas é que se tratam de declarações, concentradas em uma ou em poucas frases, que têm como objeto *regras jurídicas*. Essas regras têm geralmente um conteúdo mais específico do que o ditado textual da norma de que constituem uma interpretação, mas são sempre formuladas como *regras*, ou seja, como enunciados gerais de conteúdo preceptivo. Não por acaso, as seleções de jurisprudência assemelham-se a codificações, mais detalhadas do que aquelas que representam os códigos verdadeiros e próprios, mas sempre como “conjunto de normas”. Observa Taruffo que, ao contrário das *massime*, o precedente é constituído da inteira sentença, não por faixas mais ou menos sintéticas extraídas da motivação legal. Complementa o mestre italiano, referindo-se à Corte de Cassação (TARUFFO, 2014, p. 5):

Aqui, portanto, visualiza-se uma primeira diferença muito relevante: em regra, os textos que constituem a nossa jurisprudência *não incluem os fatos* que foram objeto de decisão, de modo que a aplicação da regra formulada em uma decisão anterior não é baseada na analogia dos fatos, mas na subsunção da fattispecie sucessiva em uma *regra geral*. (Destques do original)

Se a tarefa do Poder Judiciário limita-se a declarar uma norma já existente, 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 obtenção desses escopos (MITIDIERO, 2014). Como a igualdade e a segurança são garantidas exclusivamente pela uniformidade do sentido intrínseco e unívoco da lei, o modelo de Corte Superior prestigia “uma atuação individualista do juiz e um conseqüente baixo sentimento de unidade institucional do Poder Judiciário”. (MITIDIERO, 2014, p. 52)

Bastando a unidade na legislação, torna-se indiferente ao modelo a existência ou não de unidade de jurisdição (MITIDIERO, 2014). Unidade de jurisdição, entenda-se, que proviria da obediência da jurisdição ordinária às decisões das cortes de vértice. Em outras palavras, não há obrigação de vinculação ou obediência às decisões das Cortes Superiores, o que para Marinoni é uma patologia, ou um equívoco que se arraigou na cultura jurídica, no caso brasileiro. Em seus termos (MARINONI, 2016, p. 55):

É certo que um caso conflitivo pode ser resolvido mediante a participação de um único juiz. Porém, a jurisdição não objetiva tutelar conflitos de maneira acidental e episódica - para o que bastaria a distribuição do poder entre vários juízes destituídos de qualquer compromisso com a instituição -, mas tem o dever de tutelar os casos de forma coerente e isonômica, sem ferir a previsibilidade, para o que é imprescindível a racionalidade na distribuição da justiça e, assim, ordenação na estrutura da instituição. Sem qualquer dúvida, a hierarquia é algo inerente à realização dos fins de uma instituição composta por várias ‘vontades’.

Um sistema de distribuição de justiça é tanto mais marcado pela vontade individual do juiz - e, portanto, irracional - quanto menos respeita a autoridade das cortes de vértice.

De um lado, a crença no fato de a lei já incorporar um sentido unívoco ao seu texto, e, de outro, a compreensão da segurança jurídica em uma perspectiva estática (ÁVILA, 2014)⁷⁴, como uma "determinação absoluta e prévia de conteúdos normativos"

⁷⁴ Para Humberto Ávila, na busca da significação para a segurança jurídica, e quanto ao conhecimento do Direito, há dois entendimentos que podem ser, para fins didáticos, estremados. De um lado, pode-se sustentar que a segurança jurídica demanda da capacidade de o cidadão poder entender, com exatidão, o conteúdo normativo das normas, quer gerais, quer individuais. É nesse sentido que se fala em determinação e certeza absoluta do Direito ou em 'univocidade de resultados'. Complementa Ávila (2014, p. 137): “A melhor expressão para exprimir esse sentido é, portanto, 'determinação' (*Bestimmtheit*), como a total capacidade de conhecimento de conteúdos normativos.” [...]. Este modo de entender a segurança jurídica, próprio das Cortes Superiores, está vinculado a uma compreensão unívoca, objetivista – cognitivista – do Direito. Por outro lado, finaliza Ávila (2014, p. 137): “pode-se defender que a segurança jurídica exige a elevada capacidade do cidadão de compreender os sentidos possíveis de um texto normativo, a partir de núcleos de significação a serem reconstruídos por meio de processos argumentativos intersubjetivamente controláveis”. Este modo de

independentemente do processo de interpretação, guindou a lei ao posto de exclusivo fiador da igualdade e da segurança jurídica. Sendo o resultado da interpretação judicial apenas a declaração de uma norma legislada pré-existente, qualquer tentativa de outorgar eficácia vinculante às razões adotadas pela Corte Superior para decidir soa redundante. Nos termos de Mitidiero (2014, p. 53), seria “superabundante, tautológica e pleonástica”. Se a lei fosse capaz de manter a igualdade e a segurança no plano geral e abstrato, não haveria nenhum motivo para preocupar-se com essas mesmas questões diante das decisões judiciais (MITIDIERO, 2014).

4.2.2 Cortes Supremas

4.2.2.1 Cortes Supremas – Pressupostos conceituais

O modelo de Corte Suprema responde a determinados pressupostos teóricos que condicionam a compreensão de seu conceito, de sua estrutura, de sua função e da eficácia de suas decisões na ordem jurídica (MITIDIERO, 2014). Para adequada compreensão do modelo de Mitidiero, portanto, assim como foi para o modelo das Cortes Superiores, “importa ter presente algumas coordenadas atinentes à teoria das normas, à teoria da interpretação jurídica e às relações existentes entre a legislação e a jurisdição” (MITIDIERO, 2014, p. 55).

Conforme Mitidiero (2014), em primeiro lugar, a Corte Suprema pressupõe, no âmbito da teoria das normas, uma dissociação entre texto e norma, bem como o reconhecimento da classificação das normas em princípios, regras e postulados. Em segundo lugar, a adoção da teoria lógico-argumentativa da interpretação judicial. Em terceiro lugar, o reconhecimento de que legislação e jurisdição atuam coordenada e conjuntamente para produção e promoção do Direito. Nessas três frentes, a Corte Suprema recolhe a experiência da cultura jurídica da segunda metade do século XX, para sua sustentação conceitual (MITIDIERO, 2014).

4.2.2.1.1 Teoria das normas: a inexistência de identidade entre texto e norma

entender a segurança jurídica, próprio das Cortes Supremas (como veremos no capítulo seguinte), está vinculado a uma compreensão do Direito, em que as normas não são determinadas, mas determináveis. Segundo Ávila: “Porque a exigência de determinabilidade é muito restrita; no entanto, por não abranger necessariamente aspectos relacionados à existência material da fonte a partir da qual se reconstruirá a norma jurídica, pode-se usar o termo “cognoscibilidade”, ou “compreensibilidade”, como capacidade, formal ou material, de conhecimento de conteúdos normativos possíveis de um dado texto normativo ou de práticas argumentativas destinadas a reconstruí-los. Note-se que tal expressão ainda é mais ampla que “determinabilidade”, pois permite abranger tanto aspectos materiais relativos à acessibilidade do conteúdo (como publicação e intimação, por exemplo) e à sua abrangência quanto à sua inteligibilidade (como clareza e determinabilidade, por exemplo)” (ÁVILA, 2014, p. 137).

A inexistência de identidade entre texto e norma provém da afirmação de que a norma é o texto interpretado (GUASTINI, 2019). Vale dizer: a norma é uma outorga de significado ao texto e a elementos não textuais da ordem jurídica, que são reconstruídos pela atividade do intérprete. É uma atribuição de sentido a um enunciado linguístico. “Normas não são textos nem conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos” (ÁVILA, 2008, p. 30).

A norma é na verdade a interpretação do texto: ela simplesmente ainda não é antes da sua interpretação. A norma é tomada aí como o resultado da atividade do intérprete. A oportunidade da distinção entre texto e norma é atribuída à potencial equivocidade de todos os enunciados linguísticos, de modo que entre texto e norma existe sempre uma atividade mediativa do intérprete que demanda individualizações, valorações e escolhas entre diferentes possibilidades de sentidos linguísticos para definição da norma (MITIDIERO, 2014).

Em alguns casos há norma, mas não há dispositivo (GUASTINI, 2019). Quais são os dispositivos que prevêm isoladamente os princípios da segurança jurídica e da certeza do Direito? Então há normas, mesmo sem dispositivos específicos que lhes dêem suporte. Em outros casos há dispositivo, mas não há norma. Qual norma pode ser construída a partir do enunciado constitucional que prevê a proteção de Deus? Então, há dispositivos a partir dos quais não é construída norma alguma (ÁVILA, 2008). Dessa forma, podemos afirmar que não há correspondência biunívoca entre dispositivo e norma, isto é, onde houver um não terá obrigatoriamente de haver o outro (ÁVILA, 2008).

Sendo assim, a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que *constitui* a significação e os sentidos de um texto. A questão nuclear disso tudo está no fato de que o intérprete não atribui "o" significado correto aos termos legais. Ele tão só constrói exemplos de uso da linguagem ou versões de significado, já que a linguagem nunca é algo pré-dado, mas algo que se concretiza no uso ou, melhor, como uso (ÁVILA, 2008).

Todavia, a constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação. Exemplifica Humberto Ávila (2008, p. 32/33):

Wittgenstein refere-se aos *jogos de linguagem*: há sentidos que preexistem ao processo particular de interpretação, na medida em que resultam de estereótipos de conteúdos já existentes na comunicação linguística geral. Heidegger menciona o *enquanto hermenêutico*: há estruturas de compreensão existentes de antemão ou *a priori*, que permite uma compreensão mínima de cada sentença sob certo ponto de vista já incorporado ao uso comum da linguagem. Miguel Reale faz uso da condição

a priori intersubjetiva: há condições estruturais preexistentes no processo de cognição, que fazem com que o sujeito interprete algo anterior que se lhe apresenta para ser interpretado. Pode-se, com isso, afirmar que o uso comunitário da linguagem constitui algumas condições de uso da própria linguagem. Como lembra Aarnio, termos como "vida", "morte", "mãe", "antes", "depois", apresentam *significados intersubjetivados*, que não precisam, a toda nova situação, ser fundamentados. Eles funcionam como condições dadas da comunicação. (Destques do original).

A conclusão é a de que o Poder Judiciário e a Ciência do Direito constroem significados, mas enfrentam limites cuja desconsideração cria um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado. Além de levar à mencionada conclusão, o exposto também exige a substituição de algumas crenças tradicionais por conhecimentos mais sólidos (ÁVILA, 2008, p. 34):

É preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação. [...]. Importa deixar de lado a opinião de que o Poder Judiciário só exerce a função de legislador negativo, para compreender que ele concretiza o ordenamento jurídico diante do caso concreto. Enfim, é justamente porque as normas são construídas pelo intérprete a partir dos dispositivos que não se pode chegar à conclusão de que este ou aquele dispositivo *contém* uma regra ou um princípio. (Destques do original)

As conexões axiológicas que permitem esta conclusão não estão necessariamente incorporadas ao texto, nem a ele pertencem; são construídas pelo próprio intérprete. Isso não quer dizer, como já afirmado, que o intérprete é livre para fazer as conexões entre as normas e os fins a cuja realização elas servem: “o ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e à preservação desses valores” (ÁVILA, 2008, p. 34).

A potencial equivocidade dos textos não é algo que possa ser eliminado simplesmente pelo apuramento linguístico da sua redação. Na verdade (MITIDIERO, 2014, p. 57):

A equivocidade não é propriamente um defeito objetivo do texto, mas é, também, uma decorrência de diferentes interesses e concepções a respeito da justiça dos intérpretes e da multiplicidade de concepções dogmáticas e métodos interpretativos por eles utilizados que interferem na atividade de individualização, valoração e escolha de significados.

Nestes processos interpretativos dos textos deve-se reconhecer o caráter normativo e portanto, vinculante dos princípios jurídicos. Os princípios podem ser definidos como normas que impõem gradualmente um estado ideal de coisas, isto é, como “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade” (ÁVILA, 2008, p. 34).

Para a adequada compreensão e aplicação de princípios e regras existem os postulados normativos. Postulados, portanto, são normas que determinam um método para interpretação e aplicação de outras normas, de que são exemplos a coerência, a ponderação, a concordância prática, a proibição de excesso, a razoabilidade e a proporcionalidade (ÁVILA, 2008).

4.2.2.1.2 Teoria da interpretação jurídica

No âmbito da interpretação jurídica, o modelo de Corte Suprema pressupõe a adoção da teoria lógico-argumentativa da interpretação. Nos termos de Mitidiero (2014, p. 59):

Nesse contexto, interpretar não significa revelar, mediante uma atividade exclusivamente cognitivista, o único e verdadeiro significado intrínseco do texto normativo. Nessa linha, a teoria lógico-argumentativa é uma *teoria não cognitivista*, também conhecida como *cética* ou *realista*. Interpretar - aqui entendida como *interpretazione-attività* - significa atribuir significado a um texto e a elementos não textuais da ordem jurídica. (Destques no original).

O processo interpretativo depende da individualização, valoração e escolha de significados possíveis das palavras constantes dos enunciados. Neste sentido, a interpretação acarreta sempre uma escolha do intérprete dentre significados alternativos concomitantes e possíveis (MITIDIERO, 2014). Não há uma resposta *a priori* correta, neste processo. Melhor dizendo, como a interpretação “é um processo que visa à redução da equivocidade do enunciado e definição da norma que se ultima mediante uma escolha - ainda que lógica e argumentativamente guiada - do intérprete, o seu resultado não pode ser qualificado como exato, correto ou único possível”. (MITIDIERO, 2014, p. 60).

Importante destacar que o processo interpretativo é lógico-argumentativo, ou seja, deve ser motivado, e em um Estado Constitucional deve ser racionalmente controlável. Em outros termos, afirmar que a interpretação é um processo que impõe ao intérprete decidir-se por significados possíveis atribuíveis a enunciados linguísticos não importa autorização para sua livre construção. Nos termos de Mitidiero (2014, p. 61): “Justamente para viabilizar o controle intersubjetivo da racionalidade da atividade interpretativa é que essa é compreendida como uma atividade lógico-interpretativa - isto é, que se vale da lógica e da argumentação jurídica para consecução de seus fins.”

Não é demais também destacar que atividade interpretativa não constitui uma operação puramente matemática, ou lógico-dedutiva. É certo que o campo da aplicação da lógica na interpretação está reservado à aferição dos nexos entre proposições e enunciados.

Nesse sentido, a lógica tem um papel certamente importante no processo de interpretação. Precisa Mitidiero (2014, p. 61), que “a lógica nada diz, contudo, a respeito da escolha das normas que devem fazer parte do silogismo judiciário e do significado que deve ser atribuído aos enunciados linguísticos e às proposições de fato que o compõem”. Enfim, o que importa neste contexto é a argumentação jurídica (GUASTINI, 2019).

Essa é a razão pela qual o modelo de Corte Suprema guarda uma inseparável ligação com a necessidade de justificação e motivação no momento de interpretação e aplicação judicial do Direito (MITIDIERO, 2014). Há aí o momento de diferenciação ao processo legislativo: “O discurso justificativo torna-se o verdadeiro elemento de diferenciação e legitimação das decisões judiciais e, no fundo, da própria jurisdição diante da legislação” (MITIDIERO, 2014, p. 62).

A justificação desdobra-se em duas direções, dividindo-se em justificação interna (lógica) e justificação externa (argumentativa), considerando-se ser um processo que conta com uma linha lógica e outra linha argumentativa (MITIDIERO, 2014). No mesmo sentido Guastini (2019). É o que Taruffo chama de “princípio da completude da motivação”, que diz respeito ao conteúdo global da motivação e à necessária presença tanto da motivação interna, quanto da motivação externa das decisões. Descreve o doutrinador italiano (TARUFFO, 2015, p. 25):

O princípio da completude da motivação inclui vários *standards* que o juiz deve aplicar. Um *standard* muito importante diz respeito ao conteúdo global da motivação e à necessária presença, seja da motivação interna da decisão, seja da justificação externa. É sabido, e não é necessário insistir nesse ponto, que a justificação interna da decisão é aquela que resulta da conexão (que frequentemente assume estrutura substantiva) entre premissa de direito e premissa de fato, da qual surge logicamente a decisão final. Essa se justifica se as duas premissas conectam-se de modo coerente e se a sua combinação – que normalmente tem a forma dedutiva – efetivamente conduz àquela decisão. Essa, portanto, se configura como uma consequência racional da combinação das premissas, que aí se justifica.

É também sabido que a justificação externa diz respeito às razões pelas quais a premissa de direito e a premissa de fato foram formuladas de determinado modo. Em outros termos, trata-se, de um lado, dos argumentos com base nos quais o juiz justifica a escolha de uma norma e de uma determinada interpretação dessa, como regra jurídica da decisão do caso, e de outro lado, dos argumentos com base nos quais o juiz apresenta como justificada uma adequada reconstrução dos fatos relevantes da controvérsia.

4.2.2.1.3 Relações existentes entre a legislação e a jurisdição

No modelo da Corte Suprema o Direito é considerado como uma atividade dependente do processo de interpretação e aplicação. Pouco pode a legislação sem a colaboração da jurisdição (MITIDIERO, 2014). E esse maior espaço logrado pela jurisdição

em geral e pela Corte Suprema em especial, a quem compete a última palavra a respeito do significado do Direito, deve-se não só aos novos contornos da teoria da norma da interpretação jurídica, mas também a uma conformação política particular (do modelo da Corte Suprema) ligada à teoria da separação dos poderes (MITIDIERO, 2014). Bem explica o contexto o professor Mitidiero (2014, p. 64):

Seja no rastro da doutrina dos *checks and balances* e da *judicial review* aí implicada do ciclo constitucional estadunidense, seja por influência da alocação suprapoderes das Cortes Constitucionais continentais, a cultura jurídica subjacente a esse modelo encara com naturalidade o fato de a última palavra a respeito do significado do Direito ser confiada à Corte Suprema. (Destaques do original).

E aqui uma conclusão importante: como o produto da interpretação pode ter mais de um significado, “é tarefa da Corte Suprema tutelar o Direito não só pela definição do significado mais adequado que a ele deve ser dado mediante a interpretação, mas também velar pela própria adequação do método empregado para interpretação.” (MITIDIERO, 2014, p. 64). O modelo de Corte Suprema, portanto, tutela o Direito tanto pela definição do resultado da interpretação como pela atenção à adequação do processo interpretativo (MITIDIERO, 2014).

4.2.2.2 Cortes Supremas – Estrutura

Como dito, pouco pode a legislação sem a colaboração da jurisdição (MITIDIERO, 2014). E neste contexto, a jurisdição (e a Corte Suprema em particular) ocupa uma posição de parceira do Poder Legislativo na tarefa de promoção do Direito, estabelecendo-se aí uma relação de colaboração (MITIDIERO). Com esse desenho, o modelo de Corte Suprema acaba dando razão a uma relação de “forte confiança entre a magistratura ordinária e a magistratura suprema, na medida em que a Corte Suprema é vista como uma instância que outorga o adequado sentido ao texto e aos elementos não textuais da ordem jurídica para promoção da unidade do Direito” (MITIDIERO, 2014, p. 65). A Corte Suprema não pode ser considerada uma corte de censura da magistratura ordinária e servil ao Poder Legislativo. É uma corte cuja tarefa é guiar a base a respeito do significado que deve ser adscrito ao Direito. É uma Corte guia (MITIDIERO, 2014).

4.2.2.2.1 Composição

Mitidiero (2014) defende a indicação política e não a funcional para os componentes da Corte Suprema, justificando esta escolha pela necessidade de garantir a

influência das várias inclinações ideológicas representadas nos demais poderes (Legislativo e Executivo). Nos termos de Mitidiero (2014, p. 65):

Sendo a Corte Suprema encarregada de dar a última palavra mediante interpretação e aplicação do Direito, exercendo, portanto, papel político de fundamental importância, o ideal é que seus membros representem na medida do possível o pluralismo dos vários extratos que integram a sociedade civil em geral e a comunidade jurídica em especial, a fim de que suas decisões sejam tomadas em um ambiente que privilegie a confrontação de diferentes visões de mundo, viabilizando assim a formação de decisões tendencialmente mais debatidas, sopesadas, amadurecidas e independentes.

É por essa razão, a propósito, que as Cortes Constitucionais continentais europeias têm em sua composição tanto magistrados de carreira, como advogados e professores universitários (FAVOREU, 2004). Louis Favoreu constata que as Cortes Constitucionais, ao contrário das jurisdições ordinárias, não são compostas por magistrados de carreira, que alcançam seus postos por meio de promoções regulares e progressivas. A justificativa dada pelos ordenamentos jurídicos europeus à escolha dos juízes dos Tribunais Constitucionais é a necessidade de garantia da legitimidade de seus membros, já que não são os juízes eleitos pelo voto popular. Entretanto (como familiar à realidade brasileira), o reverso dessa situação é a negociação de interesses partidários durante a nomeação e aprovação dos nomes, com uma disputa de poder no parlamento que, muitas vezes, não interessa tanto à satisfação do interesse coletivo, como se supõe (FAVOREU, 2004).

Segundo o autor francês, dois fatores se destacam na estrutura dos Tribunais Constitucionais europeus (FAVOREU, 2004, p. 13): “a) o destaque dado aos professores universitários, membros nomeados para a Corte por exigência constitucional na maioria dos Estados; b) a existência de mandato para o exercício dos juízes nas atividades da justiça constitucional.”

Cabe observar que Favoreu (2004) diferencia claramente a Corte Constitucional daquela que chama de “Corte Suprema”, localizando a primeira sempre fora do Poder Judiciário, e ressaltando que uma Corte Suprema, colocada no cume de um edifício jurisdicional, pode guardar competências constitucionais (FAVOREU, 2004, p. 33):

Uma jurisdição fora do aparelho jurisdicional. Esta é a diferença fundamental entre uma Corte Suprema e uma Corte Constitucional: enquanto a primeira está necessariamente - daí seu nome - colocada no cume de um edifício jurisdicional, a segunda está localizada fora de todo aparelho jurisdicional. Como observa V. Crisafulli a propósito da Corte italiana, ela "não entra na ordem judiciária, nem na organização jurisdicional no sentido mais amplo do termo. A Corte Constitucional fica fora dos poderes estatais tradicionalmente conhecidos; ela forma um Poder independente cujo papel consiste em assegurar o respeito à Constituição em todos os domínios". Isto é válido para todos os sistemas estudados, pois, como também

destacou Kelsen, o órgão encarregado de fazer respeitar a Constituição não pode ser assimilado por um dos poderes que ele controla.

Todavia, se organicamente ele tem uma total independência, funcionalmente podem existir relações: assim é com os procedimentos de remessa dos Tribunais ordinários à Corte Constitucional, e também dos procedimentos do tipo amparo espanhol ou do recurso constitucional alemão, que permitem encaminhar decisões jurisdicionais à Corte Constitucional por violação dos direitos fundamentais. O sistema francês é o único que não permite estas ligações entre juízes ordinários e o juiz constitucional (exceto excepcionalmente em matéria eleitoral).

4.2.2.2.2 Competência

Compete à Corte Suprema (no modelo de Mitidiero) examinar o caso apresentado em juízo sem qualquer distinção entre fato e norma. A Corte Suprema analisa os fatos à luz das normas, dada sua recíproca implicação, sendo vedado tão somente valorá-los do ponto de vista probatório de forma diversa daquela realizada pela instância ordinária. E isso porque é essencial à sua função tomar o caso em toda sua inteireza para - a partir dele - interpretar o Direito levando em consideração todas as suas condicionantes lógico-argumentativas (MITIDIERO, 2014).

Consequência do pressuposto teórico da Corte Suprema, importa ter presente (como dito acima) que a atividade decisória em geral pressupõe a realização de um juízo que envolve não só um raciocínio lógico, mas também um esforço argumentativo ligado à realização de escolhas a partir da individualização e valoração de significados que devem ser atribuídos a normas e a fatos (MITIDIERO, 2014).

Nessa atividade lógico-interpretativa apresentam-se de forma radicalmente inseparáveis fatos e normas, cujo dimensionamento no processo é fruto de uma recíproca implicação (GUASTINI, 2019). Isso quer dizer que a Corte Suprema não trabalha apenas com questões de direito pressupondo uma nítida separação entre fato e norma. Pelo contrário: isso quer dizer que o material que a Corte Suprema tem competência para analisar envolve o caso em toda a sua inteireza, examinando a causa apresentada em juízo necessariamente como um todo incidível (MITIDIERO, 2014).

Para Castanheira Neves é errado, “porque metodologicamente impossível, querer considerar, relativamente a um problema jurídico, a situação (com os seus fatos), e a intenção normativo-jurídica (com os seus critérios) como uma e outra se ofereceriam independentemente da sua inserção nesse problema” (NEVES, 2014, p. 46). Ou seja, não podem ser critério de identidade de uma questão de direito, qualquer que seja o problema em

que esta tenha de relevar, nem só os fatos, nem só as normas, nem sequer só a mera cumulação delas (NEVES, 2014).

Sem a análise dos fatos a Corte Suprema sequer teria como aplicar precedentes, atividade que depende, dentre outras coisas, da aferição de uma analogia fático-jurídica entre casos. Neste sentido assevera Michele Taruffo (2014, p. 4):

O precedente fornece uma 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 prevalecentes os elementos de identidade ou os elementos de diferença entre os fatos dos dois casos. (Destaques do original).

Para Marinoni (2016), a superação da ideia de que o juiz está subordinado à letra da lei permitiu a percepção da relevância dos fatos para a identificação da norma que efetivamente lhes deve dar regulação, bem como da necessária interação entre fatos e as normas jurídicas, fazendo frutificar uma nova hermenêutica, em tudo preocupada com tais circunstâncias (MARINONI, 2016).

Adverte Mitidiero (2014, p. 67) que “Isso não quer dizer, contudo, que uma vez formado o caso, o que ocorre necessariamente a partir da solidária e recíproca influência entre fato e norma, e resulta na unidade da causa, não possam ser distinguidas funcionalmente determinadas atividades realizadas no processo.” Assim é que se alude a um “juízo sobre as alegações de fato” ou um “juízo sobre as alegações jurídicas”.

4.2.2.3 Cortes Supremas – A Função nomofilática e a Corte de Precedentes Vinculantes

A função da Corte Suprema está em promover a unidade do Direito (função de nomofilaquia) mediante a sua adequada interpretação (função interpretativa) a partir do julgamento de casos a ela apresentados (MITIDIERO, 2014).

Em uma perspectiva lógico-argumentativa, pressuposta pela Corte Suprema, é da natureza do Direito a admissão de uma pluralidade de significados oriundos da sua interpretação. Torna-se, então, imprescindível que exista um meio institucional encarregado de concentrar o significado definitivo em que esse deve ser tomado em determinado contexto. E é precisamente essa a função que a Corte Suprema deve desempenhar: dar unidade ao Direito mediante a sua adequada interpretação a partir do julgamento de casos a ela apresentados (MITIDIERO, 2014). Em consequência a função da Corte Suprema é prospectiva e orientadora. Nos termos de Mitidiero (2014, p. 68):

Com isso, a função da Corte Suprema é proativa, sendo sua atuação destinada a orientar a adequada interpretação e aplicação do Direito por parte de toda a sociedade civil e de todos os membros do Poder Judiciário. A sua função tem no horizonte o futuro: ela atua de maneira proativa com o fim de guiar a interpretação do Direito, dando a ele unidade

Ao reverso, para uma visão formalista da decisão judicial e de tutela da lei (que não se aplica à Corte Suprema), a jurisdição se limita a declarar a vontade concreta da lei. Nesta visão, o mais importante não é falar em igualdade perante as decisões. Fundamental é a unificação da interpretação com a finalidade de garantir a unidade do direito objetivo e, aí sim, a igualdade de todos perante a lei. Ou melhor: não há necessidade de ter precedentes obrigatórios, mas apenas um sistema que permita a correção das decisões destoantes da lei. Para a tutela da lei basta um sistema que viabilize a correção das decisões, voltado ao passado, ao já estabelecido (MITIDIERO, 2014).

Nesta visão, a uniformidade da jurisprudência, ao revelar o "sentido exato da lei", constitui parâmetro para a correção das decisões. O recurso, assim, é visto como um direito da parte. Está à disposição do litigante, ainda que constitua um "meio" para a Corte tutelar o direito objetivo. A decisão, por nada acrescer à ordem jurídica, diz respeito apenas às partes (MARINONI, 2013).

Entretanto, ao contrário, quando se toma em consideração a dissociação entre texto e norma, os textos de caráter aberto e a necessidade de conformação da lei às normas constitucionais, percebe-se que a nova função jurisdicional não está limitada a revelar a lei ou a simplesmente declarar algo que sempre esteve à percepção de todos (MARINONI, 2013).

Essa função, ao identificar a interpretação adequada, aclara o sentido do direito e lhe confere unidade, de modo que as razões determinantes do precedente (*ratio decidendi*) naturalmente se projetam sobre a sociedade e incidem sobre os tribunais inferiores. A transformação da função da Corte outorga novo significado à ideia de uniformidade. O problema não mais está em declarar o sentido exato da lei para propiciar a "uniformidade das decisões" dos tribunais ordinários; busca-se agora, mediante a voz da Corte Suprema, o sentido e a unidade do direito para a orientação da sociedade e para a promoção da igualdade. Não mais importa controlar as decisões, porém definir o direito que deve orientar estas decisões (MARINONI, 2013).

A decisão da Corte Suprema, neste contexto, não mais tem caráter puramente retroativo, derivado da declaração da lei, mas visa ao futuro, orientando os jurisdicionados e servindo de critério para as vindouras decisões judiciais. Daí porque a uniformidade, no novo

contexto de Corte Suprema, não visa a tutelar a lei, mas objetiva garantir a igualdade perante o direito revelado nos precedentes. Aliás, não é por outro motivo que aí é preferível falar em unidade do direito (escopo da Corte de Interpretação) do que em uniformidade da jurisprudência (meio que a antiga Corte empregava para o controle das decisões) (MARINONI, 2013).

Aqui deve ficar claro que a Corte Suprema deve estar inserida na função jurisdicional do Estado Constitucional. Ou seja, a Corte Suprema, “atenta à problemática jurisprudencial da realização do direito, aos valores, princípios, objetivações hermenêuticas e dogmáticas que essa problemática e a respectiva jurisprudência vai manifestando ou que solicita, tomará posição jurídica perante ela” (NEVES, 2014, p. 658), por meio de decisões provocadas por recurso. Por outro lado, e uma vez que se trata de uma unidade dinâmica, em contínua reconstituição e sempre aberta, a Corte Suprema deverá preocupar-se em estimular e orientar a modernização do direito, fazendo-se particular intérprete das novas necessidades e dos novos problemas da prática jurídica (NEVES, 2014).

Afirma-se, com isso, o que Castanheira Neves nomeia de a incidibilidade da função prospectiva com a função jurisdicional: “a unidade do direito que os Supremos Tribunais hão de propor-se como função específica, para além de sua comum função jurisdicional enquanto instância de recurso [...], não deverá realizar-se em termos de uma função formalmente autônoma ou separada da função jurisdicional” (NEVES, 2014, p. 658).

Arremata o doutrinador português que “a função proativa deve, pelo contrário, realizar-se por ocasião do exercício da função jurisdicional e conjuntamente com ela, embora de um modo institucionalmente mais qualificado e segundo um regime processual particular” (NEVES, 2014, p. 659).

A função interpretativa sobressai sobre a função recursal em uma distinção que opera em termos de prevalência e não de contraste conceitual. Para Taruffo, analisando a Corte de Vértice italiana, a hipótese interpretativa é no sentido de compreender a “exata” observância do direito. Explica o mestre italiano como seria a função interpretativa da Corte Suprema (TARUFFO, 1999, p. 65):

Deste ponto de vista, a função da Cassação é de intérprete do Direito, ao invés de controlador das interpretações / aplicações de outrém; esta função realiza-se por ocasião do exame de decisões sobre casos concretos, mas visa definir o "sentido próprio" da norma, mais do que verificar se esta foi correctamente aplicada no caso concreto. Ao interpretar, o Tribunal deve também (ou talvez principalmente) examinar os usos futuros da regra; em todo o caso, deve procurar identificar o

"sentido geral" da mesma, e não verificar o uso que dela se faz no caso concreto. (tradução nossa)⁷⁵.

Sendo a função da Corte Suprema a outorga de unidade ao Direito, “a sua adequada interpretação é ponto de chegada, sendo a decisão recorrida em que se consubstancia o caso concreto apenas seu ponto de partida. Isso quer dizer que a Corte Suprema, como corte de interpretação, é uma verdadeira corte de precedentes” (MITIDIERO, 2014, p. 70).

Sendo a interpretação da Corte Suprema o móvel que legitima sua existência e outorga sua função, eventual dissenso na sua observância pelos seus próprios membros ou por outros órgãos jurisdicionais é encarado como “um fato grave, como um desrespeito e um ato de rebeldia diante da sua autoridade, que deve ser evitado e, em sendo o caso, prontamente eliminado pelo sistema jurídico e pela sua própria atuação.”(MITIDIERO, 2014, p. 70).

A Corte Suprema pressupõe uma teoria da interpretação jurídica que reconhece a equivocidade potencial de todos os enunciados jurídicos (GUASTINI, 2019). Neste contexto (MITIDIERO, 2014, p. 71):

a negativa de adoção de suas razões para solução de casos idênticos ou similares constitui negação não só da sua autoridade como corte encarregada de dar a última palavra a respeito da adequada interpretação do Direito, mas acima de tudo negação da própria ideia de ordem jurídica - entendida como ordem vinculante.

Neste contexto, reconhecer força vinculante ao precedente não é uma decorrência somente de uma norma de direito positivo (e se existir tal norma expressa), mas uma consequência direta do reconhecimento do caráter argumentativo da interpretação jurídica. Dito claramente: “a regra do *stare decisis* é inerente ao modelo jurídico pressuposto pela Corte Suprema.” (MITIDIERO, 2014, p. 71).

Sendo os enunciados jurídicos potencialmente equívocos antes do processo de interpretação, a norma que deste processo de interpretação resulta constitui um enriquecimento do sistema jurídico, servindo o precedente como meio de determinação do Direito (um estreitamento da moldura Kelseniana). Como as decisões tomadas pela jurisdição no processo interpretativo devem ser justificadas, sem o que não há como racionalmente

⁷⁵ No original: “La seconda ipotesi interpretativa è nel senso di intendere l'esatta osservanza della legge come individuazione dell'interpretazione corretta delle norme giuridiche in sé considerate. Da questo punto di vista la funzione della Cassazione è d'interprete della legge, più e oltre che di controllore delle altrui interpretazioni/applicazioni; questa funzione si svolge in occasione dell'esame di decisioni su casi concreti, ma è volta a definire il «significato proprio» della norma, più che a verificare se questa è stata correttamente applicata nel singolo caso. Nell'interpretare, la Corte dovrebbe guardare anche (o forse principalmente) agli impieghi futuri della norma; in ogni caso, dovrebbe aver di mira l'individuazione del «significato generale» di essa, più che la verifica dell'uso che ne è stato fatto nel singolo caso.”

compreendê-las, daí ressaí que a justificação judicial é da essência do ato jurisdicional, sendo seu pressuposto de existência (MITIDIERO, 2014).

Isso quer dizer que para identificação, compreensão e aplicação do precedente é indispensável levar em consideração as razões fático-jurídicas que presidiram a sua formação. Sem análise do caso em toda sua inteireza não há como compreender o precedente, com o que a justificação judicial e os fatos da causa nela implicados não constituem elementos marginais para compreensão do modelo de Corte Suprema. Vale dizer: a justificação judicial não é neutra e indiferente no processo de interpretação (MITIDIERO, 2014).

A função de nomofilaquia interpretativa exercida pela Corte Suprema também justifica a vinculação ao precedente. Sendo o propósito desse modelo de corte a eliminação da equivocidade do Direito diante de determinado contexto fático-normativo mediante a fixação de sua adequada interpretação (GORLA, 2020), é natural que a norma daí oriunda desempenhe um papel de guia para sua interpretação futura, atuando de forma proativa para obtenção da unidade do Direito. A Corte Suprema é uma corte de interpretação, cuja missão é formar precedentes (MITIDIERO, 2014).

4.2.2.4 Cortes Supremas – Os Filtros recursais

Como destaca Marinoni (2013), o recurso à Corte Suprema adquire um outro valor, comparado com o direito subjetivo à correção da decisão do tribunal ordinário. Justifica-se, neste contexto, os filtros recursais. O recurso à Corte Suprema serve à unidade do Direito. Para Marinoni (2013, p. 116):

O recurso só interessa à Corte quando lhe dá oportunidade de desenvolver o sentido do direito federal, não tendo mais importância para lhe permitir tutelar a lei, como outrora acontecia. Muito menos conserva o recurso o significado de direito à irrisignação do litigante contra a decisão do tribunal ordinário. É somente nessa perspectiva que se inserem os filtros recursais, como a **repercussão geral**, bem como os **recursos repetitivos**. (Destaquei)

No mesmo sentido Mitidiero, para quem a nomofilaquia do recurso dirigido às Cortes Supremas não está no exercício de um controle casuístico das decisões recorridas, mas sim na definição da adequada interpretação do Direito da causa admitida. A admissão, a propósito, do recurso é submetida à demonstração do interesse público do seu julgamento, consubstanciado na persecução da unidade do Direito pela Cortes Supremas. Ressalta a possibilidade da instituição de filtros recursais e/ou a concentração de julgamentos de casos que versem idêntica controvérsia. Nos termos de Mitidiero (2014, p. 71):

Com a compreensão da função de nomofilaquia da Corte Suprema como uma função interpretativa, surge a possibilidade de submeter o recurso à corte a filtros recursais, bem como permitir a concentração de julgamentos de casos que versem idêntica controvérsia para obtenção de um quadro mais amplo de razões recursais que viabilizem uma compreensão plural do caso e a formulação de uma adequada interpretação das normas aí envolvidas

Para Taruffo, no seu modelo de "Corte Suprema", torna-se coerente e funcional a ideia de excluir o exame dos recursos manifestamente infundados; infere ainda ser legítimo pensar em formas de seleção de recursos segundo critérios relacionados com a importância geral das questões levantadas (e na possibilidade de o Tribunal ditar precedentes significativos a este respeito) e não com a sua relevância para a solução apenas do caso concreto individual.

Mesmo para o caso italiano, em que consta na Constituição nacional dispositivo (art. 111, parágrafo segundo) que garante que “contra as sentenças e contra as limitações sobre a liberdade pessoal, emitidos pelos órgãos jurisdicionais ordinários ou especiais, é sempre admitido o recurso no Tribunal de Cassação por violação de lei” (ITÁLIA, 1947, tradução nossa)⁷⁶, Taruffo (1999) defende a possibilidade de estender-se esta garantia da legalidade, confiando à Cassação a missão de zelar pela integridade do ordenamento jurídico. O objeto da garantia passaria, portanto, a ser o sistema de normas. O sistema utilizaria a iniciativa particular no caso individual para trazer à tona os problemas de direito segundo um critério de seleção que passa inicialmente pelo interesse das partes: mas o objetivo institucional que se busca é de outra dimensão e desvia-se do interesse específico do requerente, uma vez que diz respeito à aplicação da lei enquanto tal, e não à satisfação desse interesse. A legalidade deve ser garantida tendo como principais pontos de referência os valores do ordenamento jurídico, como a igualdade perante a lei, a certeza da interpretação, a coerência das soluções interpretativas (TARUFFO, 1999).

A partir da compreensão da nomofilaquia da Corte Suprema como uma nomofilaquia interpretativa, o recurso passa a ser viabilizado no interesse do *jus constitutionis*, isto é, no interesse da unidade do Direito, e não para tutela do *jus litigatoris*, isto é, no interesse da parte, sendo então apropriado cogitar da imposição de condições especiais para admissão à corte suprema (TUNC, 1978).

⁷⁶ No original: “Contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla liberta personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, e sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Si puo derogare a tale norma soltanto per le sentenze dei tribunali militari in tempo di guerra.” Disponível em: <https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>. Acesso em: 21/10/2021.

Por fim, listamos brevemente aqui apenas três exemplos de filtros recursais de recursos para tribunais de vértice no direito comparado. Deixamos um exame mais aprofundado para o capítulo específico (capítulo 2).

A *Revision* é o recurso direcionado à Corte Federal de Justiça Alemã (*Bundesgerichtshof*). A *Revision* é cabível em duas hipóteses-padrão. A primeira, mais comum e que nos interessa aqui, é a *Revision* interposta contra a acórdão proferido no julgamento de uma apelação (*Berufung*), similar ao nosso recurso especial (§ 563 da ZPO). Nesta *Revision*, a lei prevê a *significação fundamental* como requisito de relevância que leva à admissibilidade do recurso (§§ 543 e 566 da ZPO). Haverá *significação fundamental* quando o debate na instância superior possa aclarar ou responder uma *questio iuris* que transcenda os limites do processo sob exame e possa servir para uma série não previamente determinada de casos futuros (CABRAL, 2005).

Na apreciação das *petitions for certiorari* (principal forma de acesso à Suprema Corte Americana), goza o tribunal de verdadeira discricionariedade, podendo acolhê-las ou rejeitá-las sem dar a conhecer as razões em que se baseou (MOREIRA, 2003). A *review on a writ of certiorari* pela Suprema Corte estadunidense pode (e não deve) ser admitida, por exemplo, em questões importantes em que precedentes da corte foram violados ou não foram empregados quando deveriam, conforme *Rule 10 of Rules of the Supreme Court* (SUPREME COURT, 2019, tradução nossa)⁷⁷.

A *Supreme Court of the United Kingdom* é a última instância de apelação para todos os processos civis do Reino Unido e processos criminais da Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte. Admite somente apelos sobre pontos controvertidos de lei com importância para o público em geral; concentra-se em casos da maior importância pública e constitucional, conforme regras de *permission* para acessar a Supreme Court prevista na seção 40 da parte 6 do *The Supreme Court Rules 2009* (SUPREME COURT RULES OF THE UNITED KINGDOM, 2009, tradução nossa).⁷⁸

⁷⁷ A regra 10 do Regimento da Suprema Corte dos Estados Unidos - apropriadamente intitulada, "Considerations Governing Review on Writ of Certiorari" - fornece uma visão dos requisitos de admissibilidade do *writ of certiorari*. Prescreve a norma: "A revisão do *writ of certiorari* não é questão de direito da parte, mas de discricionariedade judicial. A petição de um *writ of certiorari* será concedida apenas por razões imperiosas. O que se segue, embora não controle nem avalie totalmente a discricionariedade do Tribunal, indicam o caráter das razões que o Tribunal considera: (...) No original: "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: (...)". Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/ctrules/2019RulesoftheCourt.pdf>.

⁷⁸ "Papel da Suprema Corte: A Suprema Corte, além de ser a última instância de apelação, desempenha um papel importante no desenvolvimento da legislação do Reino Unido. Como tribunal de recurso, o Supremo Tribunal

4.3 Conclusão

Descrevemos o modelo encontrado em Mitidiero (2015) ou Taruffo (2011), que distingue as Cortes Supremas das Cortes Superiores. Os pressupostos teóricos - concernentes à teoria das normas, à teoria da interpretação judicial e às relações que se estabelecem entre a legislação e a jurisdição - outorgam os elementos indispensáveis para delimitação do conceito de Corte Superior e de Corte Suprema (MITIDIERO, 2014).

A só instituição de um filtro recursal de acesso à jurisdição recursal do STF já sinaliza uma mudança de direção face a caracterização deste tribunal como uma Corte Suprema segundo o modelo de Mitidiero e Taruffo. A justiça do caso concreto deve ser buscada, primordialmente, por exemplo, nos Tribunais de Justiça (os tribunais estaduais de segunda instância no Brasil como o próprio nome sugere), e não no Tribunal Supremo. A previsão formal da RG está em consonância com o modelo. Mas, a configuração de um tribunal não é só determinada por um instituto. Por isso, no capítulo seguinte analisaremos se outras características do STF estão ou não de acordo com o modelo.

não pode considerar um caso, a menos que uma ordem relevante tenha sido proferida em um tribunal inferior. O Supremo Tribunal: i) é o tribunal de última instância de recurso para todos os processos civis do Reino Unido e processos criminais da Inglaterra, País de Gales e Irlanda do Norte; ii) ouve recursos sobre questões jurídicas discutíveis de importância para o público em geral; iii) concentra-se em casos da maior importância pública e constitucional; iv) mantém e desenvolve o papel do mais alto tribunal do Reino Unido como um líder no mundo do direito consuetudinário”. (tradução nossa). No original: “Role of The Supreme Court: The Supreme Court, as well as being the final court of appeal, plays an important role in the development of United Kingdom law. As an appeal court, The Supreme Court cannot consider a case unless a relevant order has been made in a lower court. The Supreme Court: i) is the final court of appeal for all United Kingdom civil cases, and criminal cases from England, Wales and Northern Ireland; ii) hears appeals on arguable points of law of general public importance; iii) concentrates on cases of the greatest public and constitutional importance; iv) maintains and develops the role of the highest court in the United Kingdom as a leader in the common law world”.

5 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO CORTE SUPREMA

Neste capítulo intentamos analisar as premissas (pressupostos teóricos e estrutura segundo Mitidiero (2015) e Taruffo (1999)), para que o STF se distancie da prática de uma corte superior e se aproxime da prática de uma corte suprema. Entre estas evidencia-se a necessidade de pensar-se o STF como corte de interpretação e não como corte de controle; como corte de precedentes e não como corte de jurisprudência.

O Supremo Tribunal Federal, como corte responsável por dar a última palavra a respeito da interpretação da Constituição no Brasil deve ser pensada como Corte Suprema, a fim de que se possa reconstruí-la “a partir de um quadro teórico capaz de fornecer soluções coerentes aos problemas ligados à interpretação judicial no Estado Constitucional” (MITIDIERO, 2014, p. 81). Pelo menos nos principais problemas que advierem de litígios sobre questões constitucionais. Neste contexto, o Supremo Tribunal Federal deve ser pensado como corte de interpretação e não como corte de controle; como corte de precedentes e não como corte de jurisprudência, “tendo autogoverno e sendo dotado de meios idôneos para persecução da tutela do direito em uma dimensão geral de forma isonômica e segura,” (MITIDIERO, 2014, p. 81).

5.1 Pressupostos teóricos

A potencial equivocidade da linguagem impede que se considere o processo de interpretação do Direito como algo neutro e cujo resultado é unívoco (GUASTINI, 2019). Neste contexto teórico e tendo em vista sua função constitucional de intérprete da Constituição, o Supremo Tribunal Federal não pode ser pensado como corte que apenas declara o Direito. O Supremo Tribunal Federal é uma corte que deve outorgar sentido às normas constitucionais e visar reduzir a equivocidade dos enunciados linguísticos em que o Direito comumente é vazado, decidindo, em definitivo, o sentido da Constituição (MITIDIERO, 2014) nas relevantes questões constitucionais.

Desta visão do processo de interpretação do Direito, Mitidiero (2014) ressalta duas consequências:

a) que a atividade de interpretação é uma atividade de reconstrução. Não se trata de simples atividade de descoberta lógico-cognitiva, nem de pura construção normativa. Interpretar implica individualizar, valorar e decidir. Para tanto, deve o Supremo Tribunal Federal, circunscrito ao âmbito de sua competência constitucional, justificar lógico-

argumentativamente suas decisões, outorgando adequado sentido ao material fático-jurídico da causa e, muito especialmente, aos princípios, regras e postulados que têm o dever de interpretar e observar para viabilização da unidade do Direito;

b) que inexistente uma única resposta correta para problemas interpretativos - nem para os chamados *casos fáceis* (*easy cases*), nem para os chamados *casos difíceis* (*hard cases*) (GUASTINI, 2019). Mesmo para definir o que é um caso fácil ou um caso difícil, mister a operação interpretativa (TARUFFO, 1991, p. 76, tradução nossa):

Com efeito, não basta traçar a distinção entre os *casos fáceis* e os *casos difíceis* em termos gerais, visto que perante um caso concreto resta saber se é fácil ou difícil, isto é, se se enquadra no "núcleo" ou na "penumbra" da norma e, para dirimir a dúvida, é necessária uma operação interpretativa que dê uma resposta ao problema jurídico que esse caso coloca.⁷⁹ (Destques no original)

Toda interpretação depende de escolhas juridicamente guiadas, escolhas que devem ser realizadas pelo intérprete (GUASTINI, 2019) - o que obviamente não impede a possibilidade de um discurso justificativo racional intersubjetivamente controlável capaz de conduzir à adequada interpretação da legislação (MITIDIERO, 2014; DICCIOTI, 2013). Este discurso justificativo racional afasta a possibilidade de a Suprema Corte prolatar decisões discricionárias⁸⁰. “O resultado da interpretação é racional se é universalizável e coerente.” (MITIDIERO, 2014, p. 85).

Isso quer dizer que do ponto de vista do sistema de distribuição de justiça o sentido da norma deve ser decidido preferencialmente por quem está legitimado institucionalmente para tanto, isto é, por quem a Constituição determina semelhante atribuição (MITIDIERO, 2014). Em nossa ordem constitucional, é o Supremo Tribunal Federal (arts. 102, III, da CF/1988) que deve, mediante um processo lógico-argumentativo, afirmar qual é o significado que deve ser dado à Constituição nos mais diversos contextos fático-jurídicos em que essa deve ser atuada (MITIDIERO, 2014), em matérias que apresentem Repercussão Geral.

Conforme Mitidiero (2014, p. 84), “a atividade interpretativa que culmina com a afirmação de um resultado normativo é fruto de um processo lógico-argumentativo que tem sua expressão material na justificação judicial de uma determinada decisão”. Esta concepção

⁷⁹ No original: “Non è sufficiente infatti delineare in termini generali la distinzione tra casi facili e casi difficili, poiché di fronte ad un caso concreto rimane da stabilire se esso è facile o difficile, ossia se esso rientra nel «nucleo» o nella «penombra» della norma, e per risolvere il dubbio occorre un'operazione interpretativa che fornisca una risposta al problema giuridico posto da quel caso.”

⁸⁰ Guastini (2019), mesmo admitindo a necessidade de motivação lógico-argumentativamente construída, conceitua a decisão judiciária como atividade discricionária.

de interpretação jurídica aqui considerada é orientada em termos gerais para promoção do Direito mediante uma atividade justificada racionalmente: “a justificação judicial é o meio pelo qual se pode aferir a racionalidade da atividade interpretativa e do seu resultado” (MITIDIERO, 2014, P. 84).

A atividade interpretativa é racional se apresenta justificação interna e justificação externa (MITIDIERO, 2014; GUASTINI, 2019).

O resultado da interpretação é racional se é universalizável e coerente, ou seja, “a justificação tem que ter condições de ser replicável para os casos futuros idênticos ou semelhantes, isto é, tem de ser idônea para servir como precedente.” (MITIDIERO, 2014, P. 88).

Por fim, o produto da interpretação tem de ser coerente. A interpretação tem de ser capaz de ser reconduzida a um conjunto, internamente consistente, formal e materialmente, de princípios e regras sustentadas por princípios fundamentais comuns (MICHELON, 2009). Racionalidade, universalidade e coerência na justificação visam a assegurar a correção da interpretação (MITIDIERO, 2014).

Para atuar de forma adequada, dando unidade ao Direito, o Supremo Tribunal Federal deve trabalhar lógico-argumentativamente, interpretando de maneira justificada, universalizável e coerente os enunciados constitucionais. É a partir desse método interpretativo que o STF poderá fornecer boas razões para pacificar o entendimento judicial a respeito de determinada questão constitucional e para desenvolver o direito brasileiro, ofertando para o sistema verdadeiros precedentes capazes de promover a igualdade e segurança jurídica para toda a sociedade civil (MITIDIERO, 2014).

Vale dizer: a partir do momento em que o STF começar a atuar sistematicamente dessa maneira é que será capaz de outorgar sentido adequado à Constituição e de fazê-lo (o sentido) conhecido e efetivo (MITIDIERO, 2014).

Não é demais ressaltar que esta postura não equipara o STF ao legislador. Como destaca propriamente Mitidiero (2014, p. 88), “a diferença entre a legislação e a jurisdição está em que o legislador propõe enunciados linguísticos sem necessidade de justificação, ao passo que o juiz só pode decidir reconstruindo sentidos normativos mediante justificação”.

Bem observa Marinoni que a aproximação contemporânea entre os sistemas de *civil law* e de *common law* provoca a necessidade de o sistema de *civil law* conter a possibilidade de arbítrio judicial e dar segurança jurídica aos seus jurisdicionados. “O

incremento do poder judicial exige, em nosso sistema, realce à autoridade dos precedentes judiciais”. (MARINONI, 2014, p. 135).

Deve-se observar que atualmente a vinculação ao decidido pelo nosso STF depende muito mais das previsões legais (Súmula Vinculante, Repercussão Geral,...) do que de uma adesão voluntária das instâncias inferiores.

5.2 Estrutura do STF

O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada. “Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”, assim prescreve o Parágrafo único do artigo 101 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Em um aspecto (que parece tão claro) este texto da Constituição deixa uma dúvida: os ministros do STF são “nomeados pelo Presidente da República depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”, mas de quem é a escolha? É nítido que falta uma norma ou, na linguagem realista, um dispositivo regulando a seleção do candidato. A lacuna normativa resulta, no caso, de um juízo de fato, isto é, de um juízo acerca da disposição normativa efetivamente existente, o art. 101 da CF (MELLO, 2016). Há uma clara lacuna, preenchida pelo costume: a indicação tradicionalmente é feita pelo presidente da República.

No que interessa ao nosso tema, a indicação política dos Ministros do Supremo Tribunal Federal afina-se com a orientação largamente dominante no direito comparado a respeito da composição das Cortes Supremas (FAVOREU, 2004). O fato de semelhante decisão ser compartilhada entre o Presidente da República e o Senado Federal também entra nessa tendência. Nesse particular, o Supremo Tribunal Federal apresenta-se em perfeita sintonia com o modelo de Corte Suprema.

Reza o art. 102, inciso III, da CF, entre outras competências, que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe, julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição; d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

Alinhado ao conceito de Corte Suprema, pois procura limitar o acesso ao STF apenas aos recursos extraordinários que versem sobre questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (o que permitiria ao STF administrar sua agenda!), o § 3º do mesmo artigo prescreve que 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” (BRASIL, 1988).

Por outro lado, a tendência atual do STF, o que o afasta do modelo de Corte Suprema, “é considerar a valoração ou valorização legal da prova como questão infraconstitucional, ou como ofensa reflexa ou indireta da Constituição, para obstar, em qualquer das hipóteses, o conhecimento do recurso extraordinário com base no verbete da Súmula n. 279” (PIEDADE JÚNIOR, 2021, p. 1).

Concordamos com Mitidiero (2014) quando este defende que é tecnicamente equivocado, afirmar que o Supremo Tribunal Federal não pode conhecer de fatos. Devendo-se ressaltar que sua prática é de conhecer dos fatos como descritos nos autos.

Como Corte Suprema, a vedação que esse tribunal encontra não está ligada à suposta dicotomia fato e direito, mas sim à divisão de funções entre Cortes de justiça e Cortes de Precedentes, isto é, entre cortes instituídas para decisão justa do caso concreto e corte instituída para interpretação do Direito a partir do caso concreto (MITIDIERO, 2014).

5.3 O STF e a uniformidade da interpretação do Direito

Proclamada a República brasileira em 1889 e instituída, entre nós, a forma de Estado Federal, houve a necessidade de dar à União um meio de manter a autoridade do direito federal, ante possíveis erros das justiças estaduais (então instituídas) na aplicação daquele Direito. Recorreu-se, então, ao modelo do *writ of error* do Direito anglo-americano (MITIDIERO, 2014).

O Supremo Tribunal Federal sempre se comportou, desde então, como corte reativa e de simples controle da juridicidade das decisões recorridas (SILVA, 1963). Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal não pode ser visto como tal. Isso porque semelhante modo de conceber a função de uma corte de vértice tende a estimular a atenção da corte sobre os casos recorridos, transformando-a em um órgão empenhado em atuar de forma particular e

pontual o Direito, perdendo-se aí a dimensão geral e constante que deve pautar a interpretação do Direito mediante a atuação desse tribunal (MITIDIERO, 2014).

E é justamente para evitar o extremo deste particularismo que o Supremo Tribunal Federal deve ser visto como corte proativa e de adequada interpretação da Constituição, corte, portanto, que toma a decisão recorrida como ponto de partida para o desenvolvimento da sua função de outorga de unidade ao Direito, isto é, de tutela do direito em uma dimensão geral (vide capítulo 3).

Como é da essência do Direito o seu caráter indeterminado, é de radical importância para sua adequada interpretação e aplicação a existência de uma corte encarregada de definir, em última instância, o sentido com que os enunciados linguísticos empregados pela Constituição devem ser compreendidos em determinado contexto (MITIDIERO, 2014). Desta forma é imprescindível que a Suprema Corte seja entendida como corte que apresenta como fim a adequada e uniforme interpretação da legislação, viabilizando a partir daí a unidade do Direito e a orientação futura dos demais tribunais e da sociedade civil (MARINONI, 2016). Busca-se, mediante a atuação da Suprema Corte, o sentido e a unidade do Direito para a orientação da sociedade e para a promoção da igualdade e da segurança jurídica (MARINONI, 2016).

Isso não deve implicar, porém, renúncia da Corte Suprema ao escopo de controle das decisões recorridas. Na verdade, o que é imprescindível é apenas uma mudança no peso que se deve reconhecer às diferentes funções que podem ser exercidas por essa corte, ou seja, admitindo a convivência de ambos os escopos nas cortes de vértice atuais, nada obstante seja atualmente atribuído maior peso e importância ao escopo de adequada interpretação para caracterização da nomofilaquia destas cortes (TARUFFO, 2015).

É claro que a tutela do direito em geral estaria incompleta se a tutela do direito em particular, isto é, diante das decisões judiciais individuais, acabasse expurgada das preocupações do Supremo Tribunal Federal (MITIDIERO, 2014).

Referimo-nos aqui ao que Taruffo defende como uma necessária convivência no mesmo ordenamento jurídico dos paradigmas de decisão de uma justiça formal universalista e uma justiça substancial particularista, sendo aquela afeita à Suprema Corte e esta não unicamente (TARUFFO, 2015).

A uniformidade na interpretação e na aplicação do direito há tempos constitui um valor fundamental de quase todos os ordenamentos, que tentam de vários modos realizá-lo da

maneira mais ampla possível. A concretização deste valor fundamental é geralmente confiada, sobretudo, às cortes supremas (TARUFFO, 2015). Trata-se na verdade de um aspecto importante – talvez o mais importante importante – daquilo que Taruffo chama “o mito das cortes supremas”: essas se colocam (ou são colocadas) no centro do sistema jurídico e no ápice da estrutura judiciária, e se tende a pensar que nelas (e somente nelas) se concentra o aspecto mais relevante da administração da justiça. “Disso resulta que incumbe a esses tribunais a função fundamental de assegurar o valor representado pela uniformidade da jurisprudência.” (TARUFFO, 2015, p. 41).

Os diversos ordenamentos empregam técnicas variadas para disciplinar o modo pelos quais deveria ser atuada a função “uniformizadora” das respectivas cortes supremas. A mais difusa dessas técnicas certamente consiste na *stare decisis*, ou seja, a prática do precedente consistente na atribuição a uma decisão anterior, e essencialmente a *ratio decidendi* que justifica juridicamente o resultado, da capacidade de influenciar a decisão de um caso sucessivo idêntico ou análogo, surgida principalmente nas cortes inglesas e norte-americanas, e difundida em muitíssimos ordenamentos, mesmo de *civil law* (TARUFFO, 2015).

Taruffo (2015) destaca o exemplo italiano de tentativa (sem sucesso, segundo ele) de instalar uma praxe de precedentes, sob a direção da Corte de Cassação italiana. Entre as providências para este mister, o legislador italiano instituiu um “filtro” dos recursos de cassação, previsto no art. 360 bis n. 1, no respectivo Código de Processo Civil (ITÁLIA, 1948), introduzido em 2009, segundo o qual seria inadmissível o recurso quando a sentença impugnada estiver em conformidade com a jurisprudência da Corte de Cassação. Refuta também Taruffo (2015) a forma de apresentação do pretense precedente, que é publicado como uma “máxima”, ou um enunciado normativo. A prática distanciar-se-ia daquilo do que seja realmente um precedente e privaria o ordenamento do que tem de melhor o *stare decisis* – a analogia entre os fatos de dois casos, um paradigmático e um que se julga *a posteriori*. Nos termos de Taruffo (2015, p. 42):

Se considera como precedente uma afirmação abstrata qualquer da Corte de Cassação sobre uma *quaestio juris* que de alguma forma se relaciona ao caso em espécie. A consequência é que na maior parte dos casos o “precedente” da Corte de Cassação não é a sentença na sua integralidade, mas sim uma “máxima” de poucas linhas que enuncia uma regra em termos gerais e abstratos.

Observa Taruffo (2015) que uma técnica análoga à italiana é aquela que está na base das súmulas vinculantes do sistema constitucional brasileiro (em controle difuso). A formulação das súmulas remonta a uma praxe consolidada no ordenamento brasileiro: essas

no passado não possuíam eficácia vinculante, enquanto agora possuem essa eficácia, depois da reforma constitucional ocorrida em 2004 (Emenda Constitucional n. 24/2004). São enunciados formulados pelo Supremo Tribunal Federal depois de uma reunião de seus membros e de uma votação (com uma maioria de dois terços). Esses têm a função de resolver um conflito que se tenha verificado na jurisprudência das cortes inferiores.

E assim como no caso italiano, a súmula brasileira não deriva da decisão de um caso concreto, uma vez que se trata de um enunciado interpretativo formulado em termos gerais de uma questão. Conseqüentemente, a súmula não faz qualquer referência aos fatos que fundamentam a questão jurídica enfrentada, e, portanto, não pode ser considerado como um precedente em sentido próprio (TARUFFO, 2015), mas apenas como uma decisão que exprime a escolha entre opções interpretativas relativas a normas gerais e abstratas a respeito de uma questão constitucional.

5.3.1 Universalismo e Particularismo

Referimo-nos acima, com base em Taruffo (2015), a uma necessária convivência no mesmo ordenamento jurídico dos paradigmas de decisão de uma justiça formal universalista e uma justiça substancial particularista, sendo aquela afeita à Suprema Corte e esta não unicamente.

A prática da enunciação de regras gerais através de máximas e súmulas (na Itália e no Brasil) emitidas pelos tribunais de vértices, sem alusão aos fatos que poderiam embasar tais conclusões constitui, segundo Taruffo (2015), uma versão específica, mas deveras difundida, daquilo que os filósofos chamam “universalismo jurídico”, fundada essencialmente sobre a ideia segundo a qual existem regras gerais destinadas a serem aplicadas de modo uniforme pelos juízes, e que a respectiva decisão se justifica apenas se o caso particular que será objeto da decisão pode ser “subsumido” a uma norma geral (concebida pelo tribunal de vértice) que deve-se aplicar do mesmo modo em todos os casos iguais ou semelhantes. Nessa versão, o elemento caracterizante seria representado pelo fato de que se atribuiria à corte suprema a função de estabelecer quais são as regras gerais que devem ser aplicadas em cada caso, e qual seria o significado constante a ser atribuído a cada regra geral em cada caso (TARUFFO, 2015).

Explica María Cristina Redondo que a diferença fundamental entre uma posição universalista e uma posição particularista está no alcance da relevância (universal ou

particular) que cada uma delas atribui às razões. Nos termos da professora Maria Cristina Redondo (2005, p. 29, tradução nossa):

Segundo o universalismo, a relevância das razões é uniforme e invariável e, nesse sentido, universal. Essa característica é explicada porque os motivos têm sua origem nas normas e as normas são o conteúdo das condicionais universais, ou seja, universalmente quantificado, que correlaciona a presença de certas propriedades ou circunstâncias com certas consequências deónticas. Pelo contrário, segundo o particularismo, a existência de razões é sempre relativa a um caso concreto, não a normas universais. Qualquer propriedade, dependendo da situação individual, pode-se tornar relevante, ou seja, pode ser um motivo. Mas essa relevância é contextual e, nesse sentido, particular⁸¹.

Contextualizando, observa-se que a decisão judicial não consiste na mera enunciação de regras (ou máximas, ou súmulas) apresentadas como a única interpretação abstratamente correta, uniforme e vinculante, da disposição normativa, uma vez que é o interprete que escolhe e determina o seu significado. Segundo Taruffo (2015), é sobretudo sobre os fatos de cada caso e sobre as diferenças entre eles que se deve fundar a interpretação da norma que deve ser aplicada ao caso específico. Parece evidente, segundo o mestre, que quando uma norma é interpretada para extrair a regra de julgamento a ser aplicada a um caso concreto, como ocorre no processo, é a referência aos fatos daquele caso que guia a interpretação da norma (TARUFFO, 2015).

Em outros termos, é essencialmente analisando os fatos e estabelecendo uma analogia suficiente entre os fatos do caso precedente e os fatos do caso sucessivo que o juiz do segundo caso decide acerca da aplicabilidade da *ratio decidendi* que constitui o precedente. E quando se está diante de *hard cases*, estes são muitas vezes *hard* nos fatos, e é propriamente a complexidade dos fatos a tornar difícil a interpretação e a aplicação da norma que a esses se referem (TARUFFO, 2015).

Assim, necessário reconhecer que a interpretação da norma, visando à sua aplicação como regra de julgamento em um caso concreto, tem um inevitável e relevantíssimo aspecto particularístico. Desta forma, a versão do universalismo de que se falou aparece caracterizada por uma concessão fortemente burocrática e substancialmente autoritária, que pressupõe que somente é o vértice que diz o direito. Nos termos de Taruffo (2015, p. 48):

⁸¹ No original: “Según el universalismo, la relevancia de las razones es uniforme e invariable, y, en este sentido, universal. Esta característica se explica porque las razones tienen su fuente en normas y las normas son el contenido de condicionales universales, i.e. cuantificados universalmente, que correlacionan la presencia de ciertas propiedades o circunstancias con determinadas consecuencias deónticas. Por el contrario, según el particularismo, la existencia de razones es siempre relativa a un caso concreto, no a normas universales. Cualquier propiedad, según sea la situación individual, puede devenir relevante, i.e. puede constituir una razón. Pero dicha relevancia es contextual y, en este sentido, particular”.

Isso parece evidente no momento em que se consagra um modelo piramidal em que é somente o vértice que “diz o direito”, de modo vinculante para todos e *once and forever*. Além disso, dessa forma o direito é “dito” com fórmulas com alto grau de abstração, sem considerar uma coisa óbvia, ou seja, que quanto mais alto se vai na escala de abstração, mais se perde de vista o concreto, ou seja, a realidade. O resultado é uma imagem parcial, unilateral e deformada da administração da justiça, como se essa ocorresse apenas no nível das cortes supremas, enquanto as decisões das cortes inferiores, e sobretudo aquelas dos juízes de primeira instância, ou seja, aqueles que se ocupam do acerto dos fatos e da aplicação da norma nos casos particulares, seriam irrelevantes.

Desta forma, se se considera a jurisprudência que opera produzindo *máximas* ou súmulas (STF), então parece evidente que essa se coloca em um ponto bastante próximo do extremo universalista. Se, ao contrário, se consideram as decisões produzidas pelas cortes inferiores, e em particular pelos juízes de primeiro grau, ou mesmo de Cortes Supremas produzindo verdadeiros precedentes, então se chega a um ponto mais próximo do paradigma particularista, ao menos na medida em que esses juízes individualizam e definem todas as circunstâncias relevantes dos casos concretos (TARUFFO, 2015).

Taruffo (2015) descreve a situação ideal em que a corte suprema, intérprete do paradigma universalista, fosse todavia sensível à exigência de justiça do caso concreto, e os juízes singulares, na apreciação cotidiana dos casos concretos, fizessem crítica do particularismo absoluto, e prestassem sempre referência às indicações interpretativas das cortes supremas (TARUFFO, 2015).

5.4 O STF como corte de precedentes

O Supremo Tribunal Federal é uma corte em que deve preponderar a função de nomofilaquia interpretativa em detrimento do escopo de controle da juridicidade das decisões recorridas. Sendo função precípua do Supremo Tribunal Federal a adequada interpretação da Constituição visando à unidade do Direito brasileiro, sobressai então como sua principal função “a formação de precedentes capazes de viabilizar a cognoscibilidade do Direito pelos demais tribunais e pela sociedade civil.” (MITIDIERO, 2014, p. 98).

Isso quer dizer que a unidade do Direito depende da vigência da regra do *stare decisis*, sendo esta unidade condicionada à existência de um efetivo sistema de precedentes vinculantes na nossa ordem jurídica. Nesse contexto, precedente judicial converte-se no instrumento a partir do qual o Supremo Tribunal Federal depende para desempenhar sua principal função (MITIDIERO, 2014).

A violação à interpretação ofertada pelo Supremo Tribunal Federal é uma insubordinação institucional de altíssima gravidade no Estado Constitucional. Esta insubordinação desconsidera uma necessária divisão de trabalho entre Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes e encarna “um duro golpe no Direito – a um só tempo, viola-se a autoridade da legislação, consubstanciada na interpretação a ela conferida, e viola-se a autoridade do Supremo Tribunal Federal [...]” (MITIDIERO, 2014, p. 98)

Há de se ressaltar que não cabe ao STF a obrigação de se manifestar a respeito de toda e qualquer matéria constitucional, mas sim aquelas atinentes e suficientes ao desempenho de suas funções nomofilática e paradigmática. É em consonância a este entendimento que se instituiu no ordenamento constitucional brasileiro o instituto da Repercussão Geral.

5.5 Conclusão

Em conclusão parcial, vimos neste capítulo que dentre a realidade do STF confirmam-se em parte as premissas (pressupostos teóricos e normativos) expostos no modelo de corte suprema.

O Supremo Tribunal Federal já é constitucionalmente competente por guardar a Constituição (art. 102 da CF), cabendo-lhe, considerando a competência recursal, dar a última palavra a respeito da interpretação da Constituição no Brasil (art. 102, III da CF), e tal previsão facilita sua aproximação ao modelo. Mas deve ser também capaz de fornecer soluções racionais aos problemas ligados à interpretação judicial no Estado Constitucional. O resultado da interpretação é racional se é universalizável e coerente, ou seja, “a justificação tem que ter condições de ser replicável para os casos futuros idênticos ou semelhantes, isto é, tem de ser idônea para servir como precedente.” (MITIDIERO, 2014, p. 88).

Este discurso justificativo racional afasta a possibilidade da Suprema Corte prolatar decisões discricionárias, o que não se coadunaria com o modelo de Corte Suprema. No plano legal, a prescrição do art. 93, inciso IX da Constituição inviabiliza tal discricionariedade ao prever que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões”, o que se aplica por óbvio ao STF.

Mas, já dissemos que a coerência se esvai quando a jurisprudência se multiplica aos milhares. Isto quer dizer que com os números atuais torna-se difícil crer em coerência e uniformidade nos julgamentos do STF. Só em 2020 o STF prolatou 99.569 decisões

(considerando-se todas as classes processuais), sendo 18.213 colegiadas e 81.356 monocráticas (BRASIL, 2020).^{82 83}

A indicação política dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça afina-se com a orientação largamente dominante no direito comparado a respeito da composição das Cortes Supremas.

O § 3º do art. 102 da CF, que criou a Repercussão Geral, também está alinhado ao conceito de Corte Suprema, pois procura limitar o acesso ao STF apenas aos recursos extraordinários que versem sobre questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (o que permitiria ao STF administrar sua agenda!).

Por outro lado, a tendência atual do STF, o que o afasta do modelo de Corte Suprema, é considerar toda e qualquer valoração ou valorização legal da prova como questão infraconstitucional, ou como ofensa reflexa ou indireta da Constituição.

Importante também destacar que o STF não pode comportar-se como corte reativa e de simples controle da juridicidade (potencialmente) de todas as decisões recorridas, ou seja, um órgão empenhado em atuar de forma particular e pontual o Direito, perdendo-se aí a dimensão geral e proativa que deve pautar a interpretação em última instância do Direito constitucional.

Se se considera a jurisprudência que opera produzindo *máximas* ou súmulas (STF), então parece evidente que essa se coloca em um ponto bastante próximo do extremo universalista. Se, ao contrário, se consideram as decisões produzidas pelas cortes inferiores, e em particular pelos juízes de primeiro grau, ou mesmo de Cortes Supremas produzindo verdadeiros precedentes, então se chega a um ponto mais próximo do paradigma particularista.

Conforme a lição de Taruffo (2015) a situação ideal é aquela em que a corte suprema, intérprete do paradigma universalista, fosse todavia sensível à exigência de justiça do caso concreto, e os juízes singulares, na apreciação cotidiana dos casos concretos, fizessem crítica do particularismo absoluto, e prestassem sempre referência às indicações interpretativas das cortes supremas.

⁸² Dados disponíveis em: <https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=1f9aa2cf-d569-4e98-bd2a-a9dac4e79a69&sheet=3490ef1f-f90e-4b51-9b93-b578efd54efd&theme=simplicity&opt=cursel&select=clearall>. Acesso em: 19/11/2021.

⁸³ Das monocráticas, quase a metade (39.241) foram decisões do ministro presidente.

6 TENTATIVAS ANTERIORES DE SUPERAÇÃO DA CRISE DO STF

Neste capítulo descreveremos algumas das tentativas anteriores, pensadas ou implementadas, para a superação da centenária crise do STF. De posse dos fundamentos que justificam a Repercussão Geral (capítulos anteriores), o objetivo é saber se alguma destas tentativas poderia trazer subsídios para novos institutos no caminho de caracterização do STF como verdadeira corte suprema.

6.1 Algumas das tentativas anteriores de superação da “crise do STF”

A Repercussão Geral junta-se a um rol de tentativas anteriores, pensadas ou implementadas, para a superação da centenária crise do STF. Mas, porque centenária crise?

Proclamada a República brasileira (15/11/1889) e instituída entre nós a forma de Estado Federal, o meio jurisdicional encontrado para pacificar a União e manter a autoridade do Direito Federal, ante possíveis erros das justiças estaduais (então instituídas) na aplicação daquele direito foi o Recurso Extraordinário, a ser apreciado pela Corte de Vértice, o Supremo Tribunal Federal (SILVA, 1963).

O Decreto 510, de 22/06/1890, do Governo Provisório, em seu art. 59, § 1º, previu que das sentenças da justiça dos Estados em última instância, haveria recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionasse sobre a validade ou aplicabilidade de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado fosse contra ela; b) quando se contestasse a validade de leis ou atos de governos dos Estados, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerasse válidos os atos ou leis impugnados (BRASIL, 1890a).

Já o Decreto 848, de 11/10/1890 (BRASIL, 1890b), do Governo Provisório, em seu art. 9º, parágrafo único, dispôs em termos similares ao disposto no Decreto 510, de 22/06/1890, em quase uma tradução das disposições do *Judiciary act* e leis posteriores, que previam o *writ of error* norte americano, conforme Silva (1963). Assim dispôs o Decreto 848, de 11/10/1890 (BRASIL, 1890b):

Paragrapho unico. Haverá tambem recurso para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunaes e juizes dos Estados:

a) quando a decisão houver sido contraria à validade de um tratado ou convenção, à applicabilidade de uma lei do Congresso Federal, finalmente, à legitimidade do exercicio de qualquer autoridade que haja obrado em nome da União - qualquer que seja a alçada;

b) quando a validade de uma lei ou acto de qualquer Estado seja posta em questão como contrario à Constituição, aos tratados e às leis federaes e a decisão tenha sido em favor da validade da lei ou acto;

c) quando a interpretação de um preceito constitucional ou de lei federal, ou da clausula de um tratado ou convenção, seja posta em questão, e a decisão final tenha sido contraria, à validade do titulo, direito e privilegio ou isenção, derivado do preceito ou clausula.

Ou seja, havia um quase paralelismo entre os recursos (*writ of error* / recurso extraordinário) e entre os tribunais (Corte Suprema dos Estados Unidos / Supremo Tribunal Federal) (MANCUSO, 205; SILVA, 1963).

Lamenta Silva (1963) que se desprezou o recurso de revista do Direito luso-brasileiro, que a Constituição Política do Império acolhera em seu art. 164, n. 1, quando estipulou que, ao Supremo Tribunal de Justiça⁸⁴ competia “conceder ou denegar revistas nas causas e pela maneira que a lei determinasse” (BRASIL, 1824), e que se destinava (a revista), segundo Silva (1963), “à defesa da lei em tese e ao respeito do seu império, de seu preceito abstrato, indefinido, sem se envolver diretamente na questão privada ou no interesse das partes litigantes” (SILVA, 1963, p. 54).

O fato é que, por ser diminuta a competência do poder central e ampla a dos estados nos Estados Unidos, ao contrário do Brasil, onde era (e é) diminuta a competência das unidades decorrentes do fracionamento artificial do Estado central, não se viu lá, de imediato, a dimensão da impossibilidade do escopo levado às respectivas cortes de vértice (SILVA, 1963). Ou seja, a maior parte da tarefa governamental na federação brasileira coube sempre ao governo central (União). Desde a Constituição de 1891 até os dias de hoje pouco restou aos Estados membros quanto à normatividade do Direito. Esta configuração explica a razão pela qual, desde o início de nossa República, um grande número de questões (individuais ou coletivas) envolvendo direito federal são trazidas para serem resolvidas por um tribunal de vértice composto por somente onze ministros (MANCUSO, 2015).

Como o problema do acúmulo de processos não é só do e no Supremo, a demora do processo tornou-se um dos maiores gargalos para a efetivação da tutela jurisdicional, a ponto do legislador introduzir por força da EC 45/2004, dentre outras providências, o inc. LXXVIII do art. 5.º da CF/1988, para tornar cláusula pétrea a garantia fundamental à duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (CASTRO,

⁸⁴ Criado no art. 163 da mesma Constituição.

2002). Todavia, a demora do processo constitui apenas um dos fatores que contribuem para se pensar em técnicas destinadas a uma tutela jurisdicional efetiva.

Deveras, a lentidão para a efetiva prestação da tutela jurisdicional é questão que se arrasta desde a criação do STF. Neste sentido testemunha Castro (2012, p. 1):

Alfredo Buzaid denominou como *crise do STF* o descompasso entre o número de feitos protocolados e a capacidade de julgamento pela corte suprema, de sorte que passadas algumas décadas após sua criação em 1890, constatou-se a impossibilidade material de dar vazão a julgamentos na mesma proporção que recursos e ações de sua competência davam entrada.

Seguem algumas tentativas de solução da centenária “Crise do Supremo”, anteriores à Repercussão Geral, que em conjunto ou separadamente pretenderam equacionar o problema.

6.1.1 Arguição de Relevância

Professa o ex-Ministro do STF José Carlos Moreira Alves (ex-presidente da Corte de 1985 a 1987) que o que se convencionou denominar a “crise do Supremo Tribunal Federal”, e que, em verdade, é a “crise do recurso extraordinário”, deu margem a uma série de providências legais e regimentais, como a criação das Súmulas (não ainda as vinculantes, em 1963), das representações de inconstitucionalidade em abstrato de leis e atos normativos em 1965 e da Arguição de Relevância em 1970, entre outras, para que a Corte não capitulasse em face do volume de recursos que a ela ascendiam. Sobre as várias tentativas até a Constituição de 1988, assim resume Moreira Alves (1988, p. 35):

Assim, a Lei n. 3.396, de 1958, exigiu que o despacho de admissão do recurso extraordinário fosse motivado, à semelhança do que já ocorria com o que não o admitia; a Emenda Regimental, de 28 de agosto de 1963, criou a súmula como instrumento de trabalho para facilitar a fundamentação dos julgados; a Emenda Constitucional n. 16, de 1965, outorgou ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar representações de inconstitucionalidade de leis e atos normativos estaduais e federais, com a finalidade — que vem expressa na exposição de motivos do projeto dessa Emenda — de lhe permitir, num único julgamento, solver a questão da constitucionalidade, ou não, dessas normas, o que estancaria, no nascedouro, a fonte de recursos extraordinários que lhe seriam interpostos se a declaração de inconstitucionalidade se tivesse de fazer em cada caso concreto; a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, admitiu restrições ao cabimento do recurso extraordinário quando interposto com fundamento nas letras ‘a’ e ‘d’ do inciso III de seu artigo 119; o Regimento Interno, editado em 15 de outubro de 1970, estabeleceu uma série de casos de restrição ao recurso extraordinário, admitindo, como válvulas de escape, as alegações de ofensa à Constituição Federal e de dissídio com sua jurisprudência predominante; a Emenda Regimental n. 3, de 1975, ampliou essas restrições, e substituiu, como exceção a elas, o dissídio com sua jurisprudência predominante pela arguição de relevância da questão federal; a Emenda Constitucional n. 7, de 1977, com a mesma inspiração de reduzir o número de recursos extraordinários, introduziu, em nosso sistema jurídico, a representação de

interpretação de leis ou atos normativos estaduais e federais, e consagrou, em seu texto, o instituto da arguição de relevância da questão federal; o atual Regimento Interno da Corte, que é de 15 de outubro de 1980, aumentou as restrições ao recurso extraordinário, mas, em contrapartida, acrescentou uma terceira válvula de escape: a manifesta divergência com suas súmulas; e, finalmente, a Emenda Regimental n° 2, de 1985, alterou o sistema de restrições ao recurso extraordinário, enumerando os casos de cabimento dele nas hipóteses das letras ‘a’ e ‘d’ do inciso III do artigo 119 da Emenda Constitucional n. 1, de 1969, o último dos quais é o de acolhimento da arguição de relevância da questão federal nos feitos não mencionados.

Entende Moreira Alves que, para a adoção do instituto da arguição de relevância de questão federal, inclinou-se o Supremo pela consideração de que o recurso extraordinário (inclusive no âmbito estritamente legal, pré 1988) “é instrumento de viabilização dos Estados federativos com a preservação do direito nacional contra atentados graves por sua repercussão jurídica, moral, social, política ou econômica, não tendo por finalidade principal a correção de erros de direito.” (MOREIRA ALVES, 1988, p. 36).

Referindo-se, em artigo de 1965, à ideia em gestação, o então Ministro do STF Victos Nunes Leal professava que esta seria uma solução realmente inovadora: exigir que fosse de alta relevância a questão federal suscitada, para se admitir o recurso extraordinário (mantidos os demais requisitos então existentes). Para Victor Nunes Leal, respaldando-se nas experiências americana e alemã, esta válvula não somente reduziria o serviço do Supremo Tribunal a proporções exequíveis, como daria melhor teor doutrinário às suas decisões, em correspondência com sua posição de Tribunal de cúpula (LEAL, 1965).

A arguição de relevância foi criada pela Emenda Regimental n. 3, de 1975⁸⁵, que ampliou as restrições à admissibilidade do recurso extraordinário e substituiu, como exceção a estas restrições, o dissídio com sua jurisprudência predominante pela arguição de relevância da questão federal (LEAL, 1965). Observe-se que a técnica de filtragem é diferente da Repercussão Geral (atual Constituição). Enquanto nesta restringe-se a admissibilidade aos recursos que a comportam, na arguição de relevância a filtragem estava na enumeração taxativa das hipóteses de não cabimento, concedendo-se exceção a esta lista àqueles casos que comportassem a arguição de relevância (MANCUSO, 2015). O instituto restou inserido na Constituição de 1969 através da Emenda Constitucional n. 7/77 (BRASIL, 1977).

⁸⁵ Art. 308. Salvo nos casos de ofensa à Constituição ou relevância da questão federal, não caberá o recurso extraordinário, a que alude o seu art. 119, parágrafo único, das decisões proferidas:

I – Nos processos por crime ou contravenção a que seja cominada pena de multa, prisão simples ou detenção, isoladas, alternativas ou cumuladas, bem como as medidas de segurança com elas relacionadas;

(...) Disponível em:
http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaRI/anexo/1970_emenda_3_dj_1975.pdf

O § 1º do art. 327 do RISTF (Incluído pela Emenda Regimental n. 2, de 4 de dezembro de 1985) definia (STF, 2021): “Entende-se relevante a questão federal que, pelos reflexos na ordem jurídica, e considerados os aspectos morais, econômicos, políticos ou sociais da causa, exigir a apreciação do recurso extraordinário pelo Tribunal”.

A Constituição de 1988 não previu inicialmente a arguição de relevância e nem qualquer instituto equivalente. Apesar da sua reconhecida importância (MANCUSO, 2015), direcionada a que o STF se concentrasse em sua função de manter a autoridade e a unidade da Constituição (e da legislação federal, antes de 1988) com alguma autonomia de sua agenda, cabe descrever algumas análises do instituto, que levam a crer que a doutrina propagava pela instituição de limites de acesso ao recurso extraordinário, mas repelia a forma então assumida.

José Guilherme Villela (1986) descreve os pressupostos do recurso extraordinário (sob a regência da Constituição de 1969⁸⁶ (BRASIL, 1969)) em pressupostos genéricos, pressupostos constitucionais e pressupostos regimentais, embora defenda que “estes últimos fiquem melhor enquadrados como causas especiais de exclusão do cabimento do recurso extraordinário” (VILLELA, 1986, p. 239).

Entre os pressupostos genéricos do recurso (tradicionalmente previstos nas Constituições anteriores), coloca não só a existência de uma causa decidida em única ou última instância por tribunal, como também a presença de uma questão de direito federal. Para que coubesse o recurso extraordinário se exigia ainda o chamado prequestionamento da matéria federal suscitada pelo recorrente, isto é, que tivesse sido ela discutida na causa e também ventilada na decisão recorrida (VILLELA, 1986).

Pressupostos constitucionais eram os que se podia extrair do art. 119, inciso III, alíneas “a” a “d”, da Constituição de 1969 (BRASIL, 1969), que previam os casos de seu cabimento, isto é:

Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

(...)

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros tribunais, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou

d) der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

(...)

⁸⁶ “Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição.” (SILVA, 2002, p. 87).

Sujeitava-se ainda o recurso extraordinário a uma dupla normatividade: ao lado da de natureza constitucional, havia a de natureza regimental, fruto da outorga dada à Corte pelo § 1º do mesmo art. 119 da Constituição de 1969, *verbis*:

Art. 119.

(...)

§ 1º As causas a que se refere o item III, alíneas a e d, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal. (Texto da EC n. 7/77)

A seu turno, o § 3º do mesmo art. 119 da Constituição de 1969 outorgava competência processual normativa ao STF, através de seu regimento interno:

§ 3º O regimento interno estabelecerá:

(...)

c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da arguição de relevância da questão federal;

(...) (Texto da EC n. 7/77)

Ou seja, havia, pois, uma terceira classe de pressupostos do recurso extraordinário, que era a dos pressupostos regimentais, que não passavam, aliás, de causas de exclusão de sua admissibilidade (VILLELA, 1986).

No uso da faculdade constitucional a Corte, através de seu Regimento Interno, excluiu a admissibilidade do recurso extraordinário, mesmo havendo negativa de vigência de lei federal ou dissídio de julgados, naqueles casos especificados no art. 325⁸⁷, como eram exemplos: processos por crimes com penas de detenção, prisão simples

⁸⁷ Art. 325. Salvo nos casos de ofensa à Constituição, manifesta divergência com a Súmula do Supremo Tribunal Federal, ou relevância da questão federal, não caberá o recurso extraordinário a que alude o seu art. 119, § 1º, das decisões proferidas: i – nos processos por crime ou contravenção a que sejam cominadas penas de multa, prisão simples ou detenção, isoladas, alternadas ou acumuladas, bem como as medidas de segurança com eles relacionadas; ii – nos habeas corpus, quando não trancarem a ação penal, não lhe impedirem a instauração ou a renovação, nem declararem a extinção da punibilidade, e quando oriundos de processos referidos no inciso I; iii – nos mandados de segurança que versarem matéria compreendida nos incisos IV e VII, ou forem oriundos de processos referidos nos incisos I, V, VI e VIII, e, em qualquer outro caso, quando não julgarem o mérito; iv – nos litígios decorrentes: a) de acidente do trabalho; b) das relações de trabalho mencionadas no art. 110 da Constituição; c) da previdência social; d) da relação estatutária de serviço público, civil ou militar, quando não for discutido o direito à constituição ou subsistência da própria relação jurídica fundamental; v – nas seguintes ações e processos: a) ação rescisória, quando julgada improcedente; b) ações que a lei submeter a procedimento sumaríssimo; c) procedimentos especiais de jurisdição contenciosa, salvo os de depósito, de usucapião de terras particulares, de divisão e demarcação, quando discutido o domínio, de inventário e partilha e de embargos de terceiro; d) processos cautelares e medidas provisionais concedidas ou indeferidas liminarmente na ação principal; e) procedimentos especiais de jurisdição voluntária, salvo os relativos a tutela e curatela; f) procedimentos enumerados no art. 1.218 do Código de Processo Civil, salvo os concernentes a

ou multa; *habeas corpus* que não trancarem a ação penal; mandados de segurança sem julgamento do mérito; litígios decorrentes de acidente do trabalho, relações de trabalho, previdência social, relação estatutária de serviço público; etc... Ressalvava-se a ofensa à Constituição e a relevância da questão federal. Aí se introduziu o requisito da relevância, antes mesmo de claramente enunciado na Constituição (VILLELA, 1986), o que só veio a ocorrer com a Emenda Constitucional n. 7, que estabeleceu a Reforma Judiciária de abril de 1977 (BRASIL, 1977).

Para Villela (1986), através de uma enumeração complexa, o Regimento Interno acabou interpondo, “um campo minado entre a Nação e o Supremo, que alguém dificilmente pode percorrer incólume” (VILLELA, 1986, p. 247). Melhor teria sido, segundo o autor, que o constituinte houvesse adotado irrestritamente o requisito da relevância para todos os casos (algo como a Repercussão Geral, pensamos), “como preconizara, sem êxito, o próprio Supremo Tribunal Federal no anteprojeto de Reforma Judiciária apresentado ao Governo federal em 1965” (VILLELA, 1986, 246). O autor insiste na ideia do requisito genérico da relevância, mas ressaltando a necessidade de um julgamento motivado e público, o que não acontecia até então (VILLELA, 1986, p. 247):

Só o requisito da relevância parece ser a solução, consoante irrecusável demonstração do inolvidável Ministro VICTOR NUNES LEAL, em artigo publicado na Revista de Informação Legislativa, a. 2, n. 7, pp. 19/33. Nesse magistral trabalho, fruto da experiência de antigo advogado e de notável juiz, VICTOR NUNES examinou minuciosamente e rejeitou com argumentação irresponsável todas as soluções então alvitadas para resolver o problema do congestionamento do serviço judiciário no STF (aumento de número de Ministros (...), uso prévio da ação rescisória, criação de Tribunal Superior de Justiça e de Corte Constitucional), para recomendar somente a adoção do requisito da relevância, que deveria ser examinado como preliminar dos recursos extraordinários, em julgamento público e motivado, sem os inconvenientes da atual e criticada arguição de relevância, ao que se anuncia, prestes a ser generalizada.

dissolução e liquidação de sociedades; vi – nas execuções por título judicial, bem assim nas por título extrajudicial, a partir da avaliação, inclusive; vii – sobre questões de direito processual civil relativas a representação judicial das partes; despesas e multas; competência relativa; impedimentos e suspeição; forma e lugar dos atos processuais; intimação e notificação; nulidades não cominadas; valor da causa; suspensão e extinção do processo sem julgamento do mérito, quando não obstarem a que o autor intente de novo a ação; cabimento de recurso; e ordem dos processos no tribunal; viii – nas causas cujo valor declarado na petição inicial, ainda que para efeitos fiscais, ou determinado pelo juiz, se aquele for inexato ou desobediente aos critérios legais, não exceda de 100 vezes o maior salário-mínimo vigente no País, na data do seu ajuizamento, quando uniformes as decisões das instâncias ordinárias, e de 50, quando entre elas tenha havido divergência, ou se trate de ação sujeita a instância única, excluídas as ações concernentes ao estado e à capacidade das pessoas; ix – nas revisões criminais dos processos de que trata o inciso I e nas ações rescisórias de decisões proferidas nos processos enumerados nos incisos III, IV, V, VI, VII e VIII. (art. 235 revogado). Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF.pdf>.

Dantas (2012) reconhece méritos na Arguição de Relevância ao apontar que o instituto “se prestava a catalisar o ponto de vista da Corte sobre a sua própria função recursal extraordinária e sobre os grandes temas que mereceriam apreciação da Corte em razão que sua decisão daria para o desenvolvimento do sistema positivo.”(2012, p. 269). Mas, seu procedimento antidemocrático representado pela ausência de motivação e de publicidade da decisão e sua regulamentação prolífica e complexa, procedida por regimento interno, pode ter afastado o constituinte de 1988 da ideia de sua reedição. Nos termos de Dantas (2012, p. 269):

Diante da pecha de antidemocrático, o instituto sucumbiu à sede de mudança que guiava o constituinte de 1988. A ideia de que o produto dos vinte e um anos de ditadura militar deveria ser, tanto quanto possível, banido de cenário nacional foi determinante para o ocaso da arguição de relevância.

O ex-Ministro do STF Djaci Falcão (1988), ao analisar o texto da nova Carta de 1988, propriamente defendia a adoção de uma orientação descentralizadora das tarefas atribuídas aos órgãos judicantes colegiados e preceituava que o recurso extraordinário somente deveria ser cabível se o Supremo Tribunal Federal reconhecesse a relevância da questão federal nele considerada. Preceituava ainda que “não é plausível conferir a um tribunal competência para julgar recurso extraordinário indiscriminadamente, sem ponderáveis limitações contra decisões proferidas por todos os tribunais do País” (FALCÃO, 1988, p. 9).

6.1.2 Número de Ministros

Ao longo de sua história o STF apresentou diversas composições numéricas (MANCUSO, 2015). Sob o Império, com o nome de Supremo Tribunal de Justiça, contava dezessete "Juizes Letrados", a quem competia, em matéria recursal, “conceder, ou denegar Revistas nas Causas e pela maneira que a Lei determinar” tudo segundo ser art. 163 e 164 (BRASIL, 1824). No regime instaurado pela Constituição republicana de 1891, compunha-se de quinze juizes. Na Carta de 1934 eram onze ministros, mesmo número nas Constituições de 1937 e 1946. Em 1966, o Ato Institucional n. 2 elevou esse número para dezesseis, o que ficou mantido na Carta de 1967. Já em 1969, o Ato Institucional n. 6 reduziu outra vez a onze os ministros do STF, situação que perdurou na EC 1/69 (art. 118). A Constituição de 1988 manteve o número de 11 ministros (art. 101).

Diante de uma crise numérica recursal, Theotônio Negrão (1989) opinava que a solução não seria o aumento do número de seus juizes, mas sim a retirada do STF de funções que não lhe seriam essenciais. O autor prenunciava a criação do Superior Tribunal de Justiça,

desaconselhando um número excessivo de juízes em um tribunal de cúpula (NEGRÃO, 1989):

Os inconvenientes de um tribunal com grande número de juízes são notórios. E, quando se trata de um supremo tribunal, isto é, um tribunal acima do qual nenhum existe, o expediente de dividi-lo em compartimentos estanques, de sorte que cada Turma conheça de determinados assuntos em caráter exclusivo, constituirá, no fundo, uma *contradictio in re ipsa*, pois teríamos, se isso acontecesse, não um, porém diversos supremos tribunais; e o que é supremo só pode ser único. Resta, portanto, uma solução, e nada mais que uma solução, para o STF: entregar-lhe o conhecimento apenas das questões e dos recursos em que se alegue ofensa à Constituição.

Levando-se em conta que a chamada "crise do Supremo" remonta ao início do século passado, que começou a ser reportada desde 1915 (VILLELA, 1986), quando, naturalmente, era menor o número de recursos extraordinários, não é difícil concluir que a causa verdadeira dessa crise deve ser outra que não o número - efetivamente reduzido - de ministros. Mancuso não crê que o represamento de processos no STF se resolveria se o número de ministros voltasse a ser de dezessete, como no Império: “seis ministros a mais, por certo, não resolveriam a sobrecarga” (MANCUSO, 2015, p. 44)⁸⁸.

6.1.3 Criação do STJ

Em seu clássico livro sobre o recurso extraordinário, José Afonso da Silva denunciava em 1963 a necessidade de uma “solução da crise, sem prejuízo para os valores certeza e segurança jurídica” (SILVA, 1963, p. 454). Explicava o doutrinador: “Cumpre-nos procurar a solução da crise do Supremo sem mutilar qualquer princípio básico, seja da vida judiciária, seja de institutos processuais, seja dos valores jurídicos secundários ou fundamentais” (SILVA, 1963, p. 454).

A ideia de José Afonso da Silva concentrava-se em uma reforma constitucional, no capítulo do Poder Judiciário Federal, com o fim de redistribuir e redefinir competências e atribuições dos órgãos judiciários da União, sem os defeitos então existentes. E o principal defeito vislumbrado por ele era a competência recursal não constitucional do STF. Para estes recursos a última palavra caberia a três tribunais: TST, TSE (estes dois já então existentes) e STJ (Superior tribunal de Justiça, nome sugerido pelo autor, por simetria aos outros dois), sem direito de recurso ao STF. O STJ seria responsável pela palavra final a respeito da

⁸⁸ A propósito, em visita ao Brasil, em 2015, o então presidente da Corte de Cassação da Itália Giorgio Santacroce preceituava a necessidade de um filtro de acesso àquele tribunal: “A Corte de Cassação italiana recebe algo hoje como 30 mil processos civis e 60 mil penais. São muitos processos, mesmo para **302 magistrados**”. (Galli, 2015) (Destaquei)

inteireza, autoridade e unidade do direito objetivo federal, para cuja sustentação se conceberia um instituto que levaria o processo judicial ao STJ: o recurso especial. Nos termos de Silva (1963, p. 454):

Vimos que os valores do Direito objetivo vinculam-se às estruturas judiciárias, incumbidas de sua aplicação; por conseqüência, não há razão, para que sejam efetivados através de institutos processuais que ultrapassem a esfera própria da respectiva estrutura, bastando haver aí um órgão incumbido de sua sustentação, por meio de recurso adequado; — exemplo: o T.S.E. e o T.S.T. [...]

Concluimos assim por estabelecer três planos, de conformidade com a importância dos valores-meios do Direito: a) o plano dos direitos e interesses subjetivos, que, sob esse aspecto, e no processo ficará restrito ao sistema judiciário que conheceu da lide; b) o plano da inteireza, autoridade e unidade do Direito objetivo federal, para cuja sustentação se dará um instituto, que levará o processo judicial para além do sistema judiciário, ou seja, até ao órgão de cúpula da estrutura judiciária correspondente, mas daí não passará; c) o plano da supremacia e das garantias constitucionais, para cuja efetivação haverá um instituto recursal, que carregará o processo para além da estrutura judiciária nacional, vale dizer até ao Supremo Tribunal Federal.

Para Silva, tratava-se de reforma simples e de grande profundidade, que solucionaria, segundo ele, “indubitavelmente, a crise do Supremo, porque, no mínimo, sessenta ou setenta por cento dos feitos, em Recurso Extraordinário, ser-lhe-iam tirados da competência” (SILVA, 1963, pag. 456).

Ainda sobre a germinação da ideia da criação do STJ, e sua relação com a busca de uma solução para o congestionamento do STF, reporta Mancuso (2015) que em 1965 formou-se uma mesa-redonda na Fundação Getúlio Vargas para debater entre os seus membros e convidados sobre a "Reforma do Poder Judiciário", entre pessoas que “alheias a preocupações político-partidárias, conhecem o problema por exigência profissional e por estudos especializados”. Descreve Mancuso (2015, p. 111):

A história remonta a 1965. Naquele ano, uma mesa-redonda foi formada na Fundação Getúlio Vargas, presidida pelo Ministro Themístocles Brandão e integrada por Caio Tácito, Lamy Filho, Flávio Bauer Novelli, Miguel Seabra Fagundes, Alcino de Paula Salazar, Caio Mário da S. Pereira, José Frederico Marques, Gilberto Ulhôa Canto, Levy Fernandes Carneiro, Mário Pessoa e Miguel Reale. A ilustre plêiade de juristas discutiu acerca da viabilidade da criação de um tribunal superior, para julgar recursos extraordinários relativos ao direito federal comum.

Orientaram-se os trabalhos sobre temas como: Exame da competência do Supremo Tribunal Federal, órgão mais eminente do Poder Judiciário, e Conveniência da criação de um Tribunal Federal destinado ao julgamento de questões federais. Por fim, merece destaque no relatório final as conclusões (FGV, 1965, p. 135):

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.

[...]

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 único 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 denegatorias em última instância federal ou dos Estados.

10 — Assim também, os recursos extraordinários fundados exclusivamente na lei federal seriam encaminhados a esse novo Tribunal, aliviando o Supremo Tribunal de uma sobrecarga.

11 — Realizada essa tarefa inicial pela mesa-redonda, que reduziu o seu debate a um projeto que vai em anexo, frisaram os seus membros, sem reservas, que a sugestão em momento algum poderia significar um desprestígio para o Supremo Tribunal Federal. Seria antes o aprimoramento de uma instituição que teria a seu cargo somente matéria da mais alta relevância jurídica e constitucional, dispensando-o de outras mais da competência dos tribunais comuns, federais ou estaduais.

Falando em conferência a respeito do recém instituído Superior Tribunal de Justiça pelo constituinte de 1988, o Ministro Carlos Mário da Silva Velloso (1990), propugnava que este seria, no Estado Federal brasileiro, o guardião do direito federal comum, assim fazendo as vezes do Supremo Tribunal Federal, que seria o guardião da Constituição (VELLOSO, 1990, p. 90):

Esse Tribunal, que tem sabor de novidade, foi, entretanto, imaginado há mais de vinte anos por eminentes juristas deste País. E isto se explica. É que, principalmente a partir dos anos sessenta, um grande número de processos que davam entrada na secretaria do Supremo Tribunal Federal originou o fenômeno a que se denominou de crise do Supremo Tribunal. Não obstante o esforço desenvolvido pelos seus juízes, a Corte Suprema não conseguia dar vazão àquele mundo de causas e de recursos.

A vigente ordem constitucional prevê uma corte de justiça encarregada do controle do direito infraconstitucional - o STJ - com o respectivo instrumento processual - o Recurso Especial (Resp).

A concretização do STJ, porém, não se fez sem ressalvas e críticas de setores que alertavam, por exemplo, para a possibilidade de instituição de mais uma instância recursal. Neste sentido José Carlos Moreira Alves (ALVES, 1997, p. 2):

Toda vez que se criam recursos novos e se mantêm os recursos antigos, se houver uma gradação hierárquica entre esses recursos, os vencidos - que, em geral, jamais são convencidos - se utilizarão de todos os recursos, tanto os novos como também os antigos. O que vai suceder é que vamos ter, pelo menos, praticamente, quatro instâncias decorrentes, primeiramente, das duas instâncias ordinárias - a de 1º Grau de Jurisdição e a de 2º Grau de Jurisdição; depois de uma terceira instância extraordinária que seria o recurso especial; e, muitas vezes, teríamos ainda uma

quarta instância que seria o recurso extraordinário contra a decisão tomada no recurso especial.

Temia-se também pelo número excessivo de recurso que ascenderiam ao novo tribunal (MANCUSO, 2015, p. 115):

Anotando José Renato Nalini que a amplitude das hipóteses em que cabível o recurso especial é possível de transformá-lo em recurso genérico, pois rara será a causa em que se não poderá alegar interpretação divergente de lei federal, entre dois ou mais tribunais.

A triste realidade, nos termos de Alvim e Dantas (2019) é que a criação do STJ definitivamente não resolveu a crise do recurso extraordinário. Afirmam os autores que “se antes tínhamos apenas um tribunal estorvado pelo volume de processos, agora temos dois sofrendo do mesmo mal!” (ALVIM, DANTAS; 2019, p. 317).

Isto porque a criação do STJ, em 1988, “não foi acompanhada de instrumentos eficazes de controle do número de processos a ele dirigidos, tornando-se, na prática, uma corte de terceira instância, à qual qualquer pessoa pode submeter seu caso.” (ALVIM, DANTAS, 2019, p. 317). A solução poderia ser a fixação de requisitos para que uma questão possa ser levada ao tribunal superior (STJ), como é exemplo os sistemas americano e alemão, entre outros (ALVIM, DANTAS, 2019). Afinal, porque pensar que no plano do direito constitucional brasileiro há questões constitucionais que não provoquem Repercussão Geral, e no patamar relativo às questões legais de direito federal, todas elas provocam ou provocariam semelhante repercussão? Neste sentido, Arruda Alvim (2005, p. 68):

Pode-se dizer que este sistema que ficou circunscrito ao direito constitucional se insere nos quadros de diversos institutos extremamente similares, ainda que voltados à legislação infraconstitucional. Estes são sistemas que fixam os requisitos para que uma questão possa ser levada a um tribunal superior - muito especialmente ao STF (e, também, assim deveria ser com o STJ) - porque nela se reconhece previamente ter repercussão geral (ou, outro *nomen iuris*), e, quando julgada, efetivamente, essa repercussão geral ou repercussão diferenciada, atrairá a atenção de todos para uma atenção qualificada em relação ao resultado do julgamento.

O Congresso Nacional brasileiro parece não estar insensível a esta circunstância, pois se encontra em tramitação a Proposta de Emenda à Constituição nº 10, de 2017 (BRASIL, 2017), que acrescenta ao art. 105 da CF um § 1º (e renumera o atual parágrafo único) com a seguinte redação:

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.

6.2 Repercussão Geral: as razões do filtro

Com a instituição da Repercussão Geral, se visualizarmos o Supremo Tribunal Federal como corte voltada precipuamente à interpretação e à unidade do direito constitucional, o recurso extraordinário passa a ser encarado como recurso ligado ao *jus constitutionis*, o que viabiliza a abertura de um “espaço significativo de autogoverno” para esse tribunal “na seleção dos casos que vai julgar, na maneira como pode julgá-los e no material com que pode trabalhar para tanto” (MITIDIERO, 2014, p. 99).

Se nos concentrarmos na função do Supremo Tribunal Federal voltada para nomofilaquia interpretativa, em que prepondera o escopo de adequada interpretação da constituição e de formação de precedentes, torna-se evidente que a atuação dessa corte está subordinada à demonstração de que a questão enfrentada no recurso extraordinário tem um alcance que extrapola o caso concreto, cuja apreciação seja capaz de conduzir à unidade do Direito constitucional (MITIDIERO, 2015). Esta unidade é buscada “quer de maneira retrospectiva, pacificando-se o entendimento de determinada questão cuja solução é controversa na prática judiciária, quer de maneira prospectiva, desenvolvendo-se o Direito de acordo com as novas necessidades sociais” (MITIDIERO, 2015, p. 99). Nessa linha, o critério que legitima a atuação do Supremo Tribunal Federal é o critério teleológico, que autoriza o julgamento do recurso extraordinário apenas nas hipóteses em que a pronúncia dessa corte seja capaz de promover a unidade do Direito (MITIDIERO, 2014).

O critério teleológico que permite ao Tribunal selecionar os casos a julgar e, portanto, indica quais recursos extraordinários deve admitir ou não, “tem sua positivação na nossa ordem jurídica na exigência de demonstração da repercussão geral da questão constitucional arguida no recurso extraordinário” (MITIDIERO, 2015, p. 99), conforme art. 103, § 3º, da CF/1988 (BRASIL, 1988). De acordo com o novo CPC (§ 1º do art. 1.035) (BRASIL, 2015), para configurar a existência de 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 do processo”. Desta forma, o tema deve afetar um grande número de pessoas, e tratar de assuntos significativos para a nação, que possua um alcance geral e socialmente relevante. Ou, ainda, causas que envolvam aspectos econômicos significativos, temas já amplamente debatidos, mas ainda pendentes nas diversas instâncias judiciais, com decisões conflitantes ou assuntos relacionados a causas com Repercussão Geral, mas pendentes de julgamento.

O que interessa para legitimação da abertura da cognição do Supremo Tribunal Federal é o impacto que pode advir, a partir do julgamento do recurso, para a ordem jurídica como um todo. Daí a razão pela qual a cognição do Supremo Tribunal Federal não encontra limites na análise das questões de fato, estando legitimado para analisá-las. O limite da cognição do Supremo Tribunal Federal está na valoração da prova dos autos, porque semelhante questão interessa apenas ao caso concreto e aos litigantes, não contribuindo para promoção da unidade do Direito (MITIDIERO, 2014).

Com a adoção do critério teleológico como condição para a admissão do recurso extraordinário, a atuação do Supremo Tribunal Federal tem sua legitimidade aferida a partir da função de unidade do Direito que essa corte pode desempenhar a partir do julgamento de determinado caso concreto apresentado em recurso extraordinário. Semelhante perspectiva autoriza, por exemplo, essa corte a interpretar o alcance de termos vagos utilizados pelo legislador em cláusulas gerais e nos conceitos jurídicos indeterminados cujo adequado conhecimento dos contornos interessa a todos que se encontram submetidos à legislação constitucional (MITIDIERO, 2014).

A presença de requisito recursal específico (repercussão) que subordine a atuação do Supremo Tribunal Federal em recurso extraordinário encontra-se em plena consonância com a natureza suprema dessa corte, especialmente porque viabiliza o autogoverno judicial - e somente a partir daí é que o Supremo Tribunal Federal poderá trabalhar menos e render mais em prol da unidade do nosso direito em matéria constitucional (MITIDIERO, 2014).

Tal corte não pode exercer eficazmente sua função de interpretar a Constituição e buscar a unidade do direito constitucional porque atua com tanto atraso no que diz respeito às necessidades concretas das demandas, que muitas vezes constitui apenas uma solução formal para o problema suscitado pela ação. Na ciência deste fenômeno, muitas vezes, de fato, o que a parte deseja obter do Tribunal de Vértice não é nem mesmo a verificação da legitimidade da sentença de mérito, mas apenas a oportunidade de adiar o momento em que passará em julgado a decisão de mérito, explorando o atraso certo (TARUFFO, 1991).

Ademais, o Tribunal não pode cumprir a função de unificar a jurisprudência e, portanto, de garantir um razoável grau de segurança jurídica, porque produz sua jurisprudência quantitativamente excessiva e de qualidade relativamente baixa (TARUFFO, 1991).

Porém, pode reconhecer-se que a estabilidade e uniformidade da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não são valores absolutos, e que, de fato, um grau considerável de elasticidade interpretativa é indispensável para assegurar a adaptação concreta da legislação às necessidades e valores de um sociedade em rápida transformação (TARUFFO, 1991). Mas, quando a elasticidade interpretativa se transforma em aleatoriedade desordenada, ou uma massa de decisões que fogem a qualquer critério racional, ocorre uma degeneração que coloca a Corte além das coordenadas institucionais que definem sua natureza e função. Conseqüentemente, mesmo a jurisprudência do mérito, desprovida de referências fiáveis, torna-se caótica e casual; “as partes, perante um tribunal imprevisível, não recorrem a ele para obter certeza, mas para explorar a incerteza geral em seu benefício” (TARUFFO, 1991, p. 172).

6.3 Conclusão

Em conclusão parcial, após descrever algumas das tentativas anteriores, pensadas ou implementadas, para a superação da centenária crise do STF, constatamos que há subsídios trazidos por estas tentativas que podem influenciar na concepção de novos institutos e/ou reforçar a necessidade da Repercussão Geral no caminho de caracterização do STF como verdadeira corte suprema.

O aumento do número de ministros ou a criação de novos tribunais devem ser descartados. Por outro lado o caminho não parece dever passar pela extinção dos já existentes. Já os fundamentos que justificaram a criação da Arguição de Relevância são os mesmo que inspiraram a Repercussão Geral. Mas, sua execução (da Arguição de Relevância) mostra o quão espinhoso é o caminho de limitar a jurisdição recursal aos tribunais de vértice.

7 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO: ASPECTOS PROCESSUAIS

Neste Capítulo 7 não tratamos de um fundamento específico para a instituição da Repercussão Geral como filtro de admissibilidade do Recurso Extraordinário no Brasil. Tratamos do contexto positivo processual (recurso especial (Resp), recursos repetitivos, ações coletivas...) em que o filtro constitucional foi inserido, e tentamos descrever a sintonia (ou falta de) de tal reforma com este contexto.

7.1 Interesse em recorrer: interposição conjunta do RE e do Resp e reflexo da ausência de repercussão geral para o Recurso Especial

Analisaremos a interposição conjunta do RE e do Resp (Recurso Especial, dirigido ao STJ), concentrando-nos no reflexo, em casos específicos, da ausência de Repercussão Geral para o Resp (Recurso Especial) e a opinião doutrinária que, se seguida pelo STF, certamente comprometeria a eficácia da Repercussão Geral.

Prescreve o art. 1008 do NCPC (BRASIL, 2015) que “o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a decisão impugnada no que tiver sido objeto de recurso”. A regra ordinária é aquela segundo a qual o efeito substitutivo se opera no julgamento dos recursos. E assim o é no recurso extraordinário. Somente se poderá cogitar de efeito substitutivo do recurso quando este for conhecido e julgado pelo mérito (seja provido, seja improvido), pois do contrário não terá havido pronunciamento da instância recursal sobre o acerto ou desacerto da decisão recorrida (NERY Jr, 2004). A respeito, Alvim e Dantas (2019, p. 404) afirmam com propriedade que “o efeito acontecerá exclusivamente no que pertine à parte conhecida do recurso”. Desta forma, pode-se concluir que se houver julgamento que rejeite a existência de Repercussão Geral, o julgamento é de não conhecimento pelo STF. E no caso, não haveria substituição, prevalecendo a decisão recorrida.

Requisito intrínseco de admissibilidade dos recursos, o interesse em recorrer guarda semelhança e paralelismo com o interesse processual, condição exigida para que a ação⁸⁹ seja conhecida e julgada pelo mérito. Nos dizeres de Nery Júnior (2004, p. 513), “Da mesma forma com que se exige o interesse processual para que a ação seja julgada pelo mérito, há a necessidade de estar presente o interesse recursal para que o recurso possa ser examinado em seus fundamentos.”

⁸⁹ Reza o art. 485, VI, do CPC/2015 que o juiz não resolverá o mérito quando “verificar ausência de legitimidade e interesse processual”; (BRASIL, 2015).

A doutrina consagrou que incide no procedimento recursal o binômio *utilidade* e *necessidade* como integrante do interesse de recorrer (NERY JÚNIOR, 2005). De um lado, é preciso que o recorrente possa esperar, da interposição do recurso, a consecução de um resultado a que corresponda situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que a emergente da decisão recorrida; de outro lado, que lhe seja necessário usar o recurso para alcançar tal vantagem (BARBOSA MOREIRA, 1981).

Costuma-se indicar o primeiro fator (*utilidade*) por meio da alusão a ter sido vencido o recorrente, ter arcado com a sucumbência, com o prejuízo que lhe há de ter causado a decisão, quando não à circunstância de não se lhe haver dado acolhimento ao pedido, ou de haver acolhido o pedido da parte contrária. Ressalta Barbosa Moreira (1981), que este último critério (*utilidade*) apenas seria aplicável à sentença de mérito e às decisões de outra natureza proferidas em resposta à iniciativa das partes, não servindo para os casos em que o órgão judicial resolve de ofício questão, inclusive quanto aos itens sobre os quais ele deve pronunciar-se na própria sentença, independente de pedido expresso. Daí prefere o autor aludir à *utilidade* como fórmula afim ao proveito que a futura decisão seja capaz de proporcionar ao recorrente (BARBOSA MOREIRA, 1981).

O interesse em recorrer está na base das resoluções de diversas questões que surgem quando da interposição conjunta do recurso especial (ao STJ) e do recurso extraordinário (ao STF). Interessa à apreciação da Repercussão Geral a abordagem de algumas destas questões.

Considerando a natureza analítica da Constituição Federal de 1988, a coexistência de litígios que debatem simultaneamente questões constitucionais e legais não são exceções na jurisprudência brasileira. Aduz neste sentido Mancuso (2015, p. 383):

Aliás, a eventualidade da coexistência de questões que relevam, a um tempo, do texto constitucional e do direito federal comum nada tem de excepcional dentre nós, por diversos fatores: a natureza analítica, abrangente e garantista da Constituição Federal de 1988; a extensão da legislação infraconstitucional; a profusão de competências cumulativas, comuns e concorrentes sobre um mesmo tema, como, por exemplo, se dá na tutela do meio ambiente.

Salvo o caso de haver prejudicialidade do extraordinário em relação ao especial, os autos serão remetidos primeiro ao STJ para que o recurso especial seja julgado (conforme artigos 1.031 a 1.033 do CPC/2015) (BRASIL, 2015)⁹⁰. E haverá dúvidas sobre se o recurso

⁹⁰ Art. 1.031. Na hipótese de interposição conjunta de recurso extraordinário e recurso especial, os autos serão remetidos ao Superior Tribunal de Justiça.

§ 1º Concluído o julgamento do recurso especial, os autos serão remetidos ao Supremo Tribunal Federal para apreciação do recurso extraordinário, se este não estiver prejudicado.

extraordinário deverá, ou não, ser julgado depois. Tudo depende do caso concreto, pois o interesse em recorrer deve, ainda, estar presente (ALVIM, DANTAS; 2019).

É possível que o acórdão recorrido contenha capítulos com fundamentos apoiados na Constituição e em lei federal, sendo qualquer desses comandos suficientes, isoladamente, para manter o julgado. Por exemplo: um contribuinte contesta cobrança tributária alegando que a lei que instituiu o tributo é inconstitucional (por vício na competência do Estado) e ilegal (o lançamento tributário não obedeceu aos ditames do Código Tributário Nacional – CTN). No caso, imagine-se que o tribunal de segunda instância julgou a cobrança inconstitucional e ilegal. E imagine-se que a Procuradoria do Estado pretenda recorrer. Desta forma, em casos assim, “é claro que o ataque a só um daqueles alicerces não configuraria o interesse em recorrer, visto que o decisório ainda assim se manteria, apoiado no fundamento inatacado” (MANCUSO, 2015, p. 384). Esse é o fundamento na base das Súmulas STF 283 e STJ 126, corroborando a percepção de que o pano de fundo, na formulação cumulativa de RE e REsp consiste na configuração do interesse em recorrer (MANCUSO, 2015).

Súmula 126/STJ - É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.⁹¹

Súmula 283/STF - É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.⁹²

Exemplo trazido por Rodolfo de Camargo Mancuso (2015) ilustra ocasião em que reconheceu-se a prejudicialidade do julgamento do Resp, ou seja, julgou-se em primeiro lugar o RE (§ 1º do art. 1031 do CPC/2015). Refere-se a caso em que se questionava em RE a constitucionalidade da isenção do IOF instituída pelo art. 6º do Decreto-Lei n. 2.434/88 e em REsp a ilegalidade da forma como se aplicava a isenção (se confirmada a constitucionalidade). Reconheceu-se a prejudicialidade da questão constitucional e, no caso,

§ 2º Se o relator do recurso especial considerar prejudicial o recurso extraordinário, em decisão irrecorrível, sobrestará o julgamento e remeterá os autos ao Supremo Tribunal Federal.

§ 3º Na hipótese do § 2º, se o relator do recurso extraordinário, em decisão irrecorrível, rejeitar a prejudicialidade, devolverá os autos ao Superior Tribunal de Justiça para o julgamento do recurso especial.

Art. 1.032. Se o relator, no Superior Tribunal de Justiça, entender que o recurso especial versa sobre questão constitucional, deverá conceder prazo de 15 (quinze) dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral e se manifeste sobre a questão constitucional.

Parágrafo único. Cumprida a diligência de que trata o caput, o relator remeterá o recurso ao Supremo Tribunal Federal, que, em juízo de admissibilidade, poderá devolvê-lo ao Superior Tribunal de Justiça.

Art. 1.033. Se o Supremo Tribunal Federal considerar como reflexa a ofensa à Constituição afirmada no recurso extraordinário, por pressupor a revisão da interpretação de lei federal ou de tratado, remetê-lo-á ao Superior Tribunal de Justiça para julgamento como recurso especial.

⁹¹ Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/sumstj>. Acesso em: 24/08/2021.

⁹² Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2226>. Acesso em: 24/08/2021

após o reconhecimento da constitucionalidade do art. 6º do Decreto-Lei n. 2.434/88 pelo STF, o STJ apreciou o mérito do REsp. (REsp n. 12315 / PE, de 20/11/1991 (BRASIL, 1991):

TRIBUTARIO. ISENÇÃO DO IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES DE CAMBIO NAS IMPORTAÇÕES. DECRETO-LEI N. 2434, DE 19 DE MAIO DE 1988, ARTIGO 6º. A isenção tributária, como o poder de tributar, decorre do *jus imperii* estatal. Desde que observadas as regras pertinentes da Constituição Federal, pode a lei estabelecer critérios para o auferimento da isenção, como no caso *in judicio*. O real escopo do art. 111 do Código Tributário Nacional não é o de impor a interpretação apenas literal – a rigor impossível – mas, evitar que a interpretação extensiva ou outro qualquer princípio de hermenêutica amplie o alcance da norma isentiva. Recurso unanimemente improvido.

Agora analisemos hipótese referente à prejudicialidade do recurso extraordinário em relação ao recurso especial, em que não se reconhece a Repercussão Geral do Recurso Extraordinário.

Preliminarmente ressaltamos que concordamos com Dantas (2012), que destacou que se, havendo dois fundamentos constitucionais suficientes para sustentar a decisão recorrida, se a parte deixa de recorrer em relação a um deles, ou se um deles não é conhecido por qualquer razão, ainda que em tese o outro pudesse ser admissível, a falta de interesse recursal seria suficiente para lhe subtrair as condições de prosseguimento. Neste ponto não discordamos.

Vamos supor que a cobrança de um tributo seja afastada por decisão judicial de 2º grau por ter a lei que o instituía sido considerada inconstitucional por dois motivos (infração ao princípio da capacidade contributiva dos contribuintes e infração à competência constitucional – o tributo era de competência dos Estados, e não da União). Vamos supor que a Procuradoria da União interponha somente Recurso Extraordinário contra o primeiro motivo. Restaria transitado em julgado a decisão de 2º grau que declarara o tributo inconstitucional por ter sido instituído pela União (2º motivo). Faltaria interesse de recorrer para o RE interposto e este não deveria ser conhecido, prevalecendo a decisão judicial de 2º grau.

Agora um exemplo hipotético que interessa mais diretamente ao nosso tema: qual o destino de litígio quando, havendo na decisão recorrida fundamentos constitucional e infraconstitucional, ambos suficientes para manter esta decisão, forem regularmente interpostos RE e o REsp e o STF deixar de conhecer o RE por ausência de Repercussão Geral? Podemos até retomar exemplo anterior: vamos supor que a cobrança de um tributo seja afastada pela decisão judicial de 2º grau por ter a lei estadual que o instituía sido considerada inconstitucional (infração à competência constitucional – o tributo era de competência da

União, por exemplo, e não do Estado) e ilegal (não tenha sido obedecida prescrição legal do CTN para se determinar a base de cálculo). Vamos supor que a Procuradoria do Estado interponha o Recurso Extraordinário e o Recurso Especial. Mas, vamos supor que já haja pronunciamento pela ausência de Repercussão Geral para este fundamento de Recurso Extraordinário. Neste caso, pensamos que o tributo deveria ser considerado inconstitucional, prevalecendo a decisão de 2º grau que declarou a sua inconstitucionalidade, e faltaria interesse de recorrer para o REsp, que não deveria ser conhecido.

Alvim e Dantas (2019) discordam desta conclusão (REsp não conhecido, quando há dois fundamentos, um constitucional e outro infraconstitucional suficientes para sustentar a decisão recorrida, e se já reconhecida a falta de Repercussão Geral para a matéria constitucional). Fundamentam os autores que não poderia o recurso especial interposto não ser conhecido, pois inexistiria, como requisito desse recurso, necessidade de demonstração de Repercussão Geral da questão federal infraconstitucional, e concluem que deveria o STJ apreciar as duas questões, a inconstitucionalidade e a ilegalidade (ALVIM e DANTAS, 2019, p. 528 e 529):

Segundo pensamos, nas situações ora examinadas, a solução mais adequada consistiria em o recurso ser admitido e o STJ, no julgamento do recurso especial, após julgar o recurso sob o prisma da violação à lei federal, prossegue julgamento da causa, caso a decisão devesse ser cassada, como decorrência do fundamento infraconstitucional, examinando também a alegação de violação da norma constitucional. Assim, rejeitado o recurso, não cassada a decisão, no que tange ao fundamento federal infraconstitucional, desnecessário seria o seguimento do julgamento, no que diz respeito à questão constitucional.

[...]

Segundo pensamos, a nova conformação dos Tribunais Superiores, após a EC 45/2004, impõe que se admita também uma nova situação em que, no julgamento do recurso especial, seja examinada a matéria constitucional: aquelas em que, em razão da ausência de repercussão geral da questão constitucional, o recurso extraordinário não seja admitido. Nesse caso, parece-nos que, dada a inadmissibilidade do recurso dirigido ao STF, incumbirá ao STJ, ao dar provimento ao recurso especial, por causa da Súmula 456 do STF; cujo sentido é o mesmo do art. 1.034 CPC/2015, prosseguir no julgamento da causa, interpretando, se for o caso, as normas constitucionais que incidirem na espécie, para aplicar o direito ao caso.

Outra solução possível, mas que vai de encontro aos objetivos da EC 45/2004, consistiria em entender-se que, havendo duplo fundamento (constitucional e federal infraconstitucional), se reconhecesse a existência implícita ou ficta de repercussão geral. Nesse caso, o STF examinaria o recurso extraordinário, ainda que ausente repercussão geral em sentido próprio.

Pensamos que transformar o STJ em instância constitucional em matérias que o STF já tenha negado a existência de Repercussão Geral (também) vai de encontro aos objetivos da EC 45/2004, que inclui o prestígio do decidido em 2º grau no caso e a previsão de que só o STF deve decidir sobre a existência ou não de Repercussão Geral. A solução

proposta pelos autores também transformaria o STJ em última instância julgadora de matéria constitucional fora de qualquer previsão constitucional. Desta forma, pensamos que a melhor solução é o não conhecimento do recurso especial nestes casos. Os próprios autores relembram que em situações equivalentes, antes da instituição da Repercussão Geral, o recurso especial não seria conhecido (ALVIM e DANTAS, 2019, p. 527):

Esta questão, considerada sob um ponto de vista exclusivamente procedimental, não é nova. Afinal, sempre que a decisão recorrida tivesse chegado a um determinado resultado em razão de dois fundamentos, um constitucional e outro federal infraconstitucional, a circunstância de um dos recursos (seja o extraordinário, seja o especial) não ser conhecido levava a que o outro recurso restasse prejudicado.

7.2 O requisito da Repercussão Geral e o primeiro processamento do juízo de admissibilidade do Recurso Extraordinário.

Cabe ao STF, e só a ele (§ 3º do art. 102 da CF), a definição de se há ou não Repercussão Geral para a questão constitucional discutida no recurso extraordinário. Caso fique decidido que não há Repercussão Geral, o recurso não será conhecido pelo STF (negar-se-á seguimento) e prevalecerá a decisão recorrida (conforme asseverado no item anterior). Não operará o efeito substitutivo, pois não haverá nova decisão de mérito sobre a questão trazida pelo recurso extraordinário. Desta conclusão (de que não operará o efeito substitutivo e prevalecerá a decisão recorrida) depende a eficácia do instituto, segundo pensamos.

Nosso legislador constitucional previu que, para que esteja caracterizada a Repercussão Geral e seja permitido o conhecimento do recurso extraordinário, a questão debatida tem de ser relevante e transcendente. Nos termos de Marinoni e Mítidiero (2007, p. 33):

A questão debatida tem de ser relevante do ponto de vista econômico, político, social, além de transcender para além do interesse subjetivo das partes na causa. Tem de contribuir, em outras palavras, para persecução da unidade do Direito no Estado Constitucional brasileiro, compatibilizando e/ou desenvolvendo soluções de problemas de ordem constitucional. Presente o binômio está presente a repercussão da controvérsia.

Faz-se no tribunal *a quo* um primeiro exame de admissibilidade, no qual questões de ordem processual podem impedir a subida do recurso extraordinário.

Segundo regulamentado pelo art. 1.030⁹³ do CPC/2015 (BRASIL, 2015), permanece (assim como no CPC/1973) com o tribunal *a quo* o processamento inicial do juízo

⁹³ Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá: (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)
I – negar seguimento: (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)

de admissibilidade dos Recursos Extraordinários. A descrição desta primeira análise de admissibilidade servirá para o estudo do primeiro efeito filtrante à admissibilidade do recurso extraordinário. Ficará claro que não é só a Repercussão Geral que limita o acesso de demandas ao STF. Isto porque no caso de recursos extraordinários repetitivos (arts 1036 a 1041 do CPC/2015) somente subirão para julgamento do STF, mesmo para se confirmar a existência da Repercussão Geral para o direito individual homogêneo discutido, os recursos paradigma, permanecendo sobrestados no tribunal *a quo* os demais processos que contenham a mesma macrolide.

O art. 1.030 do CPC/2015 prevê diversos encaminhamentos para o recurso especial ou recurso extraordinário (negar seguimento, encaminhar ao órgão julgador recorrido, sobrestar o recurso, encaminhar o recurso ao tribunal superior...), a serem proferidos pelo presidente ou vice-presidente do tribunal recorrido. Mas, descreveremos a seguir apenas aqueles atinentes ao recurso extraordinário, pois só este deve ser instruído com a demonstração da Repercussão Geral da matéria, objeto de nosso estudo.

Conforme art. 1.030 do CPC/2015, recebida a petição do recurso extraordinário pela secretaria do tribunal *a quo*, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-

a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral; (Incluída pela Lei nº 13.256, de 2016)

b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos; (Incluída pela Lei nº 13.256, de 2016)

II – encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos; (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)

III – sobrestar o recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se trate de matéria constitucional ou infraconstitucional; (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)

IV – selecionar o recurso como representativo de controvérsia constitucional ou infraconstitucional, nos termos do § 6º do art. 1.036; (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)

V – realizar o juízo de admissibilidade e, se positivo, remeter o feito ao Supremo Tribunal Federal ou ao Superior Tribunal de Justiça, desde que: (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)

a) o recurso ainda não tenha sido submetido ao regime de repercussão geral ou de julgamento de recursos repetitivos; (Incluída pela Lei nº 13.256, de 2016)

b) o recurso tenha sido selecionado como representativo da controvérsia; ou (Incluída pela Lei nº 13.256, de 2016)

c) o tribunal recorrido tenha refutado o juízo de retratação. (Incluída pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 1º Da decisão de inadmissibilidade proferida com fundamento no inciso V caberá agravo ao tribunal superior, nos termos do art. 1.042. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)

§ 2º Da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)

presidente do tribunal recorrido, que deverá: ou negar seguimento, ou encaminhar ao órgão julgador recorrido, ou sobrestar o recurso, ou encaminhar o recurso ao STF.

Nos termos dos incisos do art. 1.030, I, o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido deverá negar seguimento: a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de Repercussão Geral; b) a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de Repercussão Geral; c) a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos.

O legislador deu efeito vinculante mesmo à decisão para recurso extraordinário em controle de constitucionalidade difuso avulso (ou não repetitivo). Percebe-se, pelo exame dessas hipóteses um claro propósito no sentido da manutenção da estabilidade da jurisprudência, dando o NCPC o devido prestígio ao já decidido pelo STF; tanto nos julgamentos de recursos extraordinários repetitivos como avulsos (ALVIM e DANTAS, 2019). Para estes autores, essa tomada de posição do legislador certamente reflete a consciência da comunidade jurídica brasileira no sentido de que o juiz cria direito (por isso o prestígio ao decidido pelo Judiciário) e de que o direito deve ser estável e uniforme.

Fica claro (art. 1.030, I), na hipótese da letra “a” acima descrita, que se o STF não tiver reconhecido a existência de Repercussão Geral para a questão em decisão recorrida, prestigia-se esta decisão e o recurso extraordinário não é conhecido (negar-se-á seguimento). No caso da letra “b” acima, refere-se à hipótese em que em julgamento prévio o STF tenha reconhecido a existência de Repercussão Geral e julgado o mérito em controle de constitucionalidade difuso avulso (ou não repetitivo), sendo o recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com o entendimento do mérito decidido previamente. Novamente o recurso não é conhecido, em prestígio ao decidido pelo STF. Já a letra “c” acima refere-se a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do STF exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos. Por mais razão ainda o recurso não é conhecido.

Para as três hipóteses cabe agravo interno (§ 1º do art. 1.030 do CPC/2015).

Outra evidência do prestígio e poder vinculante dado pelo legislador ordinário ao já decidido pelo STF é a previsão do art. 1.030, inciso II, do CPC/2015 que determina que o

presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido deverá encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do STF exarado, conforme o caso, nos regimes de Repercussão Geral ou de recursos repetitivos. Aqui também há a equiparação dos efeitos vinculantes do caso decidido segundo os regimes de Repercussão Geral ou de recursos repetitivos. Caso o tribunal recorrido refute o juízo de retratação, o caso será remetido ao STF (art. 1.030, inciso V, “c”, do CPC/2015).

Deve ainda o presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido (art. 1.030, inciso III e IV, do CPC/2015) sobrestar o recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelo STF, conforme se trate de matéria constitucional, selecionando e remetendo para o STF apenas aquele recurso representativo da controvérsia constitucional, nos termos do § 6º do art. 1.036 do CPC/2015.

7.3 Primeiro processamento da Repercussão Geral

Conforme se deduz do previsto no § 3º do art. 102 (BRASIL, 1988) da Constituição, o julgamento do Recurso Extraordinário no STF é bifásico: na primeira fase o Tribunal determina se a questão apresenta a alegada⁹⁴ Repercussão Geral (somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros). A competência é exclusiva do STF e a decisão é irrecorrível. E em caso de decisão positiva, julga-se o mérito propriamente dito.

Haverá presumidamente Repercussão Geral nos casos previstos no § 3º do art. 1.035 do CPC/2015, quais sejam, sempre que o recurso impugnar acórdão que: a) tenha

⁹⁴ SEGUNDA TURMA AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.266.311, em 10/10/2020, DISTRITO FEDERAL RELATOR: MIN. EDSON FACHIN.

A jurisprudência desta Corte firmou entendimento segundo o qual a demonstração da existência da repercussão geral das questões aventadas na petição de recurso extraordinário deve ser expressa e clara, devendo a parte desenvolver argumentação suficiente acerca das circunstâncias que poderiam configurar a relevância da matéria a transcender os limites subjetivos do caso concreto do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico. Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO RELATIVA À PRELIMINAR DE EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL INVOCADA NO RECURSO. INTIMAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO POSTERIOR A 03.05.2007.

De acordo com a orientação firmada neste Tribunal, é insuficiente a simples alegação de que a matéria em debate no recurso extraordinário tem repercussão geral. Cabe à parte recorrente demonstrar de forma expressa e clara as circunstâncias que poderiam configurar a relevância do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico das questões constitucionais invocadas no recurso extraordinário. A deficiência na fundamentação inviabiliza o recurso interposto. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 797.515 gR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJ 1.3.2011). Confirmam-se também: AI 788.271 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 7.12.2012, e RE 595.783 ED, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 13.5.2011.

reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal (somente pelo voto da maioria absoluta dos membros do pleno ou do órgão de tribunal de 2º grau poderão estes declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público); b) contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal. Nos dizeres de Alvim e Dantas (2019, p. 432), “unificar o entendimento das regras constantes do ordenamento jurídico equivale a preservá-lo, mantendo sua coesão e autoridade em todo o país”.

Reconhecida a Repercussão Geral, o relator no Supremo Tribunal Federal determinará a suspensão do processamento de todos os processos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão e tramitem no território nacional (§ 5º do art. 1.035 do CPC/2015). Na forma do parágrafo único do art. 328 do Regimento Interno do STF (STF, 2021), quando se verificar subida ou distribuição de múltiplos recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a Presidência do Tribunal ou o(a) Relator(a) selecionará um ou mais representativos da questão e determinará a devolução dos demais aos tribunais ou turmas de juizado especial de origem.

Negada a Repercussão Geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica (§ 8º do art. 1.035 do CPC/2015).

Ficou claro que não é só a Repercussão Geral que limita o acesso de demandas ao STF. Isto porque no caso de recursos extraordinários repetitivos (arts 1036 a 1041 do CPC/2015) somente subirão para julgamento do STF, mesmo para se confirmar a existência da Repercussão Geral para o direito individual homogêneo levado ao STF, os recursos paradigmas, permanecendo sobrestados no tribunal *a quo* os demais processos que contenham a mesma macrolide.

7.4 Recurso extraordinário repetitivo

A Repercussão Geral, pressuposto de cabimento de todo recurso extraordinário, foi um dos meios instituídos pelas reformas processuais recentes para conceder funcionalidade ao processo civil brasileiro e transformar o STF em uma verdadeira Corte Suprema. Outras medidas foram adotadas com estes mesmos objetivos, dentre eles o julgamento por amostragem dos recursos repetitivos, primeiro no âmbito do STF e do STJ, através das pioneiras leis n. 11.418, de 19/12/2006 (BRASIL, 2006) e 11.672, de 08/05/2008

(BRASIL, 2008). No novo CPC, o instituto resta também previsto para as demais instâncias do processo civil nos artigos 976 a 987 (BRASIL, 2015).

No que se refere ao STF, o artigo 1.036 do CPC/2015 prescreve (como visto) que, sempre que houver multiplicidade de recursos extraordinários com fundamento em idêntica questão de direito, haverá afetação para julgamento de acordo com as disposições do CPC, e observado o disposto no Regimento Interno do Tribunal.

Ou seja, a Repercussão Geral deve instruir todo e qualquer recurso extraordinário para ser admitido, mas, o julgamento por amostragem de recursos extraordinários é previsto (por óbvio) em caso de demandas repetitivas. Estas fazem parte do entorno (do contexto) em que foi inserido o instituto da Repercussão Geral no sentido de ajudar a dar funcionalidade ao julgamento de demandas de massa, como veremos a seguir.

7.4.1 Demandas repetitivas

Já dizia o Ministro Victor Leal Nunes que “o que na verdade assoberba os tribunais, prejudicando o acurado exame dos temas difíceis, são os casos que se multiplicam, seriadamente, como se houvesse uma fábrica montada para fazer dos Juízes estivadores” (NUNES, 1981). E o abarrotamento dos juízos e tribunais, e a conseqüente demora na solução do litígio (decorrente do colossal crescimento da demanda por jurisdição), pode-se ver refletir sobre a qualidade da prestação jurisdicional (RODRIGUES, 2010).

Tem-se buscado amenizar este custo temporal mediante as técnicas de coletivização. À parte as bens conhecidas “ações coletivas” da legislação especial (onde são tratados direitos em si mesmos coletivos, ou a eles equiparáveis), testemunhamos hoje a experiência da coletivização do julgamento, em determinadas circunstâncias, dos recursos ditos repetitivos (RODRIGUES, 2010).

A ampla atividade imposta ao Estado moderno pelo Estado do Bem-Estar Social processou-se mediante ampla regulação jurídica. O legislativo, incapaz de acompanhar a demanda normativa, ou delega ao Executivo a normatização, ou opta pela produção de leis com prescrições contendo termos abertos, adaptáveis à variação acelerada dos fatos pela atividade interpretativa dos aplicadores. O executivo assume o centro de gravidade do Estado, agiganta-se (RODRIGUES, 2010). No ponto, Mauro Capelleti (1993, p. 46):

Estamos, pois, em face de dois desenvolvimentos paralelos de grande alcance, cada um deles revelando os claros sintomas da profunda crise do nosso mundo contemporâneo. De um lado, existe o gigantismo do Poder legislativo, chamado a

intervir ou a "interferir" em esferas sempre maiores de assuntos e de atividade; de outro lado, há o conseqüente gigantismo do ramo administrativo, profunda e potencialmente repressivo.

Também para o Judiciário tais desenvolvimentos comportaram conseqüências importantes, sobretudo o aumento da sua função e responsabilidades. Pelo fato de que o "terceiro poder" não pode simplesmente ignorar as profundas transformações do mundo real, impôs-se novo e grande desafio aos juízes. A justiça constitucional, especialmente na forma do controle judiciário da constitucionalidade das leis, constitui um aspecto dessa nova responsabilidade. No estado moderno o legislador-gigante não poderia mais, sem gravíssimos perigos, ser subtraído a controles (CAPELLETTI, 1993).

A concretização de valores colocados em normas prospectivas, ou mesmo de princípios constitucionais, não só exige do juiz um raciocínio diferente, mas eventualmente lhe impõe atuação gerencial, própria da ciência da administração (RODRIGUES, 2010).

Segundo Mauro Cappelletti, cada vez mais frequentemente por causa dos fenômenos de massificação posteriores à Revolução Industrial, as ações e relações humanas assumem caráter coletivo, mais do que individual: elas se referem preferentemente a grupos, categorias e classes de pessoas, do que apenas a um ou poucos indivíduos. Nos termos de Cappelletti (1993, p. 57):

Essa grandiosa revolução assumiu uma característica que se pode sintetizar numa palavra certamente pouco elegante, mas assaz expressiva: "massificação". Todas as sociedades avançadas do nosso mundo contemporâneo são, de fato, caracterizadas por uma organização econômica cuja produção, distribuição e consumo apresentam proporções de massa. Trata-se de característica que, por outro lado, amplamente ultrapassa o simples setor econômico, para se referir também as relações, comportamentos, sentimentos e conflitos sociais.

Pode-se identificar, para fins do estudo dos respectivos efeitos jurídicos, dois aspectos da citada massificação: a emergência de direitos sem titulação específica em indivíduos identificados (pertencentes a grupos ou mesmos a populações), e a emergência de direitos vinculados às relações jurídicas que se formam na cadeia da produção e do consumo em massa de bens e serviços (RODRIGUES, 2010). Essa segunda categoria é a que mais nos interessa aqui, pois em seu interior ocorrem as repetições que, em juízo, produzirão a grande maioria das ações e recursos repetitivos, que ao fim ajudam a assoberbar o STF (RODRIGUES, 2010).

No Brasil a industrialização e a urbanização, a partir da segunda metade do século XX, como causas de massificações, redundaram em conflitos com conseqüências diretas no

volume de demandas no Judiciário. O processo de privatizações, que teve início no Governo de Fernando Henrique Cardoso intensificou o congestionamento do Judiciário. O período de hiperinflação por que passou o país no final do século XX foi outra fonte de demandas repetitivas, na maioria delas requerendo ao Judiciário revisões de correção monetária que até hoje estão na base de demandas repetitivas (com Repercussão Geral reconhecida) no STF (RODRIGUES, 2010). Na tabela abaixo consolidamos parte destas demandas, classificando por tema de repercussão geral aquelas demandas com mais processos sobrestados no início de 2021:

Tabela 1 - Temas de Repercussão Geral com mais Processos Sobrestados no Brasil em 2021

Quant de processos sobrestados	Nº do Tema	Nome do Tema
394.800	Tema 264	Planos Bresser e Verão
235.646	Tema 265	Plano Collor I (poupança não bloqueada pelo Bacen)
145.127	Tema 285	Plano Collor II
137.908	Tema 810	Correção monetária e juros moratórios sobre condenações impostas a Fazenda Pública
101.377	Tema 503	Desapossentação (julgado em 2020)
72.415	Tema 284	Plano Collor I (poupança bloqueada pelo Bacen)
47.508	Tema 6	Dever do Estado de fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave
46.452	Tema 1043	Validade de norma coletiva de trabalho que restringe direito trabalhista não assegurado constituc
26.804	Tema 96	Incidência de juros de mora entre a conta da liquidação e a expedição de precatório
20.146	Tema 163	INSS sobre terço constitucional de férias, gratificação natalina, adicional noturno e de insalubridade
18.178	Tema 816	Dever estatal de assegurar o atendimento em creche

Fonte: Anuário da Justiça 2021 (CONJUR, 2021) e Portal STF (BRASIL, 2021).

Para ilustrar este processo de congestionamento do Judiciário, tomamos exemplo de Rodrigues (2010, p. 33):

Para uma amostragem do fenômeno, veja-se, na atividade da advocacia, o ritmo da estruturação de certos escritórios das grandes cidades. A partir da década de oitenta do século passado, a advocacia, até então eminentemente artesanal, formada por conjuntos de profissionais liberais associados, passa a incorporar grandes estruturas profissionais, verdadeiros exércitos de funcionários envolvidos em atividades repetitivas na produção de serviço jurídico. O surgimento desse tipo de escritório serve bem para ilustrar a conjuntura, pois é o meio caminho entre a massificação em grande escala de produção e consumo de bens e serviços e a massificação de demandas despejadas no Judiciário.

Parte deste universo de escritórios, tendendo a maximizar o lucro e explorando a realidade do sistema processual coletivo brasileiro que preservou, de maneira praticamente irrestrita, a iniciativa individual em demandar direitos suscetíveis de serem solucionados em conjunto, pode mesmo optar pela demanda individual onde a coletiva seria mais eficiente na defesa de direitos individuais homogêneos. Nos dizeres de Rodrigues (2010, p. 95):

Outro fator da realidade contemporânea que pressiona no sentido da veiculação atomizada das demandas que poderiam ser objeto de ações coletivas tem natureza econômica e remete ao mercado da advocacia. Muitos escritórios se organizam como empresas para tratar justamente de temas massificados, construindo verdadeiras linhas de montagem que seguem a lógica do ganho em escala. O mesmo produto é replicado com alto grau de automatização e, assim, o volume dilui os custos e maximiza os lucros.

Some-se a esta turbe de processos as demandas por estratégicas, onde o Judiciário serve como palco de uma política de enfrentamento em que o direito não é o mais importante. Rodrigues (2010) exemplifica com as demandas de alguns bancos (ou instituições) de contestar todos os inadimplementos, mesmo que os valores não sejam recuperáveis ou justifiquem o custo do processo, como forma de firmar uma certeza de litígio nos devedores (RODRIGUES, 2010). O problema é que a massa de demandas desse tipo, que se explica (como dito) em uma política geral de enfrentamento de litígios e não necessariamente no direito, e que, nessa linha, possui uma anatomia interna muito semelhante em todas as unidades do conjunto, é absorvida pelo Judiciário por um procedimento que é o mesmo aplicado para a cobrança de uma dívida entre dois particulares (RODRIGUES, 2010).

O desenvolvimento de um sistema avançado de tutelas coletivas (como um sonhado código de tutelas coletivas), que possa gerar prestação jurisdicional unificada em uma só demanda para um conjunto de relações congêneres, seguramente poderá mitigar o congestionamento do Judiciário, à medida que evita ações (individuais) repetitivas. Mas, um outro enorme contingente de situações não se ajusta aos modelos da jurisdição coletiva. Por outro lado, o sistema brasileiro construiu-se no sentido de ser facultativa a adesão dos particulares à demanda coletiva que trate de direitos individuais homogêneos, que é onde se verifica a maior fonte de repetições (RODRIGUES, 2010). Resta justificada a tentativa de amenizar este problema através do sistema de julgamento de demandas repetitivas (no bojo das quais também aflora a Repercussão Geral).

7.4.2 A burocratização do Judiciário

Segundo Rodrigues (2010, p. 39), “a independência do juiz, as garantias da magistratura e o padrão ritual e principiológico do processo são características estruturais que deveriam afastar o Judiciário de estruturas massificadas e burocráticas.” Isto por que nestas estruturas, a hierarquia, a impessoalidade, a divisão de tarefas e a repetição de condutas são os princípios condutores. Essa diferença ontológica entre jurisdição e burocracia deve ceder, justamente quando afloram as repetições (RODRIGUES, 2010).

É um contexto que não ignora o apelo contemporâneo do acesso à justiça. Tanto mais aberta à população, tanto mais democratizada, mais a justiça tende a ajustar-se aos modelos da própria sociedade. Neste sentido Mitidiero (2004, p. 2):

Vale dizer: a experiência, como dado recolhido da prática contínua e indevassável da vida, e a cultura, ‘considerada como o conjunto de vivências de ordem espiritual e material, que singularizam determinada época de uma sociedade’, na clássica

definição de Galeno Lacerda, informam e moldam o direito, fazendo-o, ao fim e ao cabo, espelho seguro e fiel da realidade histórica neste ou naquele sucesso de tempo socialmente considerado.

E se a massificação é um fenômeno inseparável da dinâmica social, é inevitável que a maior abertura da justiça aos conflitos sociais comporte a sua conseqüente massificação. Mas, apenas uma parte das demandas que transitam pelo Judiciário tem essa configuração repetitiva. Conseqüentemente, nos dizeres de Rodrigues (2010), existem duas categorias que podem ser destacadas na jurisdição contemporânea: a que se produz observando o diálogo crítico do julgador com as partes, o contato pessoal com os fatos da causa, a ponderação e o próprio sentimento do juiz, e que se pode denominar de “jurisdição convencional”, e a jurisdição massificada”, em que se produz, mediante a repetição burocratizada e em série, uma decisão-padrão.

Paralelamente às demais demandas procedimentais que são geradas na produção destas decisões-padrão, surgiu um problema quando, ao invés de se separarem esses casos (repetitivos) dos demais, para serem tratados burocraticamente e em apartado, aconteceu o contrário. Passou-se a prestar jurisdição da mesma forma em toda a massa de ações, e o modelo excessivamente burocrático se implantou onde não poderia, na “jurisdição convencional, gerando um quadro patológico” (RODRIGUES, 2010, p. 42).

7.4.3 As ações coletivas e o processo coletivo

Cabe aqui exame do direito coletivo no que concerne à relação deste segmento jurídico com as demandas repetitivas.

As ações coletivas surgiram a partir de uma relativização da rigidez do dualismo entre Estado e indivíduo no protagonismo do tratamento dos conflitos. Isto ocorreu porque a tradicional dicotomia público-privado não subsistiu às realidades de uma sociedade de massa, que, por suas relações provocou situações de litígios ou litigiosidade que forçaram um alargamento e invocação de novos instrumentos (DIDIER JÚNIOR, ZANETI JÚNIOR; 2007). Segundo estes autores (DIDIER JÚNIOR, ZANETI JÚNIOR; 2007, p. 32):

Reconhece-se, da mesma forma, que o direito tende à universalização em todas as áreas, e que o Estado passa a interferir na regulação das relações entre os indivíduos, valorizando a preocupação social e, como decorrência, abandonando as soluções marcadamente privatistas, que o direito moderno herdou do romano através dos tempos.

Perceberam-se os defeitos, dificuldades, ou os limites de aplicação de determinados dogmas processuais às situações de direito com titulares indeterminados e de

litigiosidade de massa, principalmente àquelas em que apenas um litigante move ação em benefício de um todo coletivo, determinado ou não (ações coletivas) (DIDIER JÚNIOR, ZANETI JÚNIOR; 2007).

Ainda de acordo com Didier Jr e Zanetti Jr (2007, p. 33), “o problema em relação aos direitos coletivos é percebido no confronto entre a posição de tratamento atomizado (tratar o conflito como se fosse um átomo)”, disposta no art. 18 do CPC/2015 como técnica de fragmentação dos conflitos, e os textos do CDC⁹⁵ e da LACP⁹⁶ que impõem um “tratamento molecular aos conflitos coletivos *lato sensu*”.

Denominam-se direitos coletivos *lato sensu* os direitos entendidos como gênero, dos quais são espécies: os direitos difusos, os coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos. Em conhecida sistematização doutrinária, haveria os direitos/interesses essencialmente coletivos (difusos e coletivos *stricto sensu*) e os direitos acidentalmente coletivos (individuais homogêneos) (DIDIER JÚNIOR, ZANETI JÚNIOR; 2007). Esta é a subdivisão feita pelo art. 81, parágrafo único do CDC (BRASIL, 1990), que traz nos seus incisos: I – interesses ou direitos difusos; II – interesses ou direitos coletivos; III – interesses ou direitos individuais homogêneos.

Reputam-se direitos difusos (art. 81, par. ún, I, do CDC) aqueles transindividuais (metaindividuais, pertencentes a uma coletividade), de natureza indivisível (só podem ser considerados como um todo), e cujos titulares sejam pessoas indeterminadas (ou seja, indeterminabilidade dos sujeitos, não havendo individualização) ligadas por circunstâncias de fato, não existindo um vínculo comum de natureza jurídica, por exemplo: a publicidade enganosa ou abusiva, veiculada através de imprensa falada, escrita ou televisionada, e virtualizada, a afetar número incalculável de pessoas, sem que entre elas exista uma relação jurídica base, a proteção do meio ambiente e a preservação da moralidade pública (DIDIER JÚNIOR, ZANETI JÚNIOR, 2007).

Os direitos coletivos *stricto sensu* (art. 81, par. ún, II, do CDC) foram classificados como transindividuais, de natureza indivisível, de que titular grupo, categoria ou classe de pessoas (indeterminadas, mas determináveis, frise-se, enquanto grupo, categoria ou classe determinável) ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base.

⁹⁵ CDC = Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90).

⁹⁶ LACP = Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85).

Já os direitos individuais homogêneos são aqueles decorrentes de origem comum (art. 81, par. ún, III, do CDC), ou seja, os direitos nascidos em consequência da própria lesão, em que a relação jurídica entre as partes é *post factum* (fato lesivo). Não é necessário, contudo, que o fato se dê em um só lugar ou momento histórico, mas que dele decorra a homogeneidade entre os direitos dos diversos titulares individuais. Tal categoria de direitos representa “uma ficção criada pelo direito positivo brasileiro com a finalidade única e exclusiva de possibilitar a proteção coletiva (molecular) de direitos individuais com dimensão coletiva (de massa, ou número significativo de pessoas)” (DIDIER JÚNIOR, ZANETI JÚNIOR.; 2007, p. 34).

Teori Zavaski (2005) justifica o título de sua tese “Direitos coletivos: tutela de direitos coletivos e a tutela coletiva de direitos” na divisão entre os direitos/interesses essencialmente coletivos (difusos e coletivos *stricto sensu*) e os direitos acidentalmente coletivos (individuais homogêneos). Para o autor, apenas os primeiros (direitos coletivos) representam essencialmente uma nova categoria do direito material, nascida da superação da dicotomia interesse público e interesse privado.

Como aqui tratamos das repetições recursais, nos deteremos nos direitos individuais homogêneos, acidentalmente coletivos, nos dizeres de Zavaski (2005). Isto porque a indivisibilidade que marca os direitos difusos e os direitos coletivos *stricto sensu* opera de maneira que a solução jurisdicional proferida em uma única ação beneficie a todos os prejudicados, dispensando outras demandas para a recomposição do direito violado e, assim, imunizando essa parte do direito coletivo da ocorrência de repetições (RODRIGUES, 2010).

7.4.4 Os direitos individuais homogêneos: ações coletivas X ações individuais repetitivas.

São dois os requisitos para seja autorizada a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos: o conjunto, que assume caráter socialmente valioso, e a homogeneidade, definida pela lei como a “origem comum” no art. 81, III, do CDC (RODRIGUES,2010).

Segundo Zavascki (2005), a exemplo do que ocorre com os direitos das pessoas jurídicas, a lesão a certos direitos individuais homogêneos pode assumir tal grau de profundidade ou de extensão que acaba comprometendo também interesses sociais. O ex-ministro do STF exemplifica com o caso de direitos individuais homogêneos dos atingidos (diretamente) por dano ambiental. Em casos como estes, os interesses individuais, quando visualizados em seu conjunto em forma coletiva e impessoal, tem força de transcender a

esfera de interesses puramente individuais e passar a representar, mais que a soma de interesses dos respectivos titulares, verdadeiros interesses da sociedade como um todo (ZAVASCKI, 2005).

Para assumir caráter socialmente valioso, é necessário que o número de pessoas envolvidas no episódio que confere a homogeneidade seja significativo. Rodrigues apresenta um exemplo (RODRIGUES, 2010, p. 83):

Em um exemplo hipotético, imagine-se a colocação no mercado de um medicamento defeituoso, com potencial capacidade de produzir danos à saúde. Imagine-se, ademais, que o fabricante, percebendo o erro, seja rápido e eficiente no recolhimento do lote, ainda no distribuidor, de modo que reste comercializado o número reduzidíssimo de dez unidades que, ingeridas, causem danos a cinco pessoas, precisamente identificadas em um mesmo bairro de uma cidade. Haverá um liame de homogeneidade nas cinco relações jurídicas individuais, mas não haverá volume suficiente para que se possa aventar seu tratamento judicial pela via coletiva.

Já o segundo requisito citado, para autorizar a defesa coletiva de direitos individuais (a homogeneidade), comporta graus, dependendo este “grau” da maior ou menor incidência de questões comuns sobre as individuais. Para Teori Zavascki (2005), homogeneidade não é sinônimo de igualdade, mas de afinidade. Direitos homogêneos não são direitos iguais, mas similares. E neles é possível identificar elementos comuns (= núcleo de homogeneidade), mas também, em maior ou menor grau, elementos característicos e peculiares, o que os individualiza, distinguindo uns dos outros (margem de heterogeneidade).

Para visualizar este núcleo de homogeneidade e grau de heterogeneidade, tomemos exemplos de Rodrigues (2010): no caso das discussões sobre critérios de rentabilidade em aplicações financeiras, como as dos chamados Planos Bresser e Collor, tudo girava em definir se era exigível, em períodos específicos, que os bancos corrigissem depósitos dos aplicadores com índices específicos. A homogeneidade é bem mais intensa do que em casos como o de ingestão de produto viciado. No primeiro caso a solução dos casos individuais se dá apenas na aferição do ponto comum (o índice de correção aplicável), sem necessidade de concluir a fixação particular das responsabilidades por questões particulares de cada caso, ao contrário do segundo caso, em que o caráter individual de ter havido ou não dano pela ingestão é elemento formativo da responsabilidade do demandado.

Nas ações coletivas versando sobre direitos individuais homogêneos a sentença fará coisa julgada *erga omnes* apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores (art. 103, III do CDC). Para estas mesmas ações, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como

litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual (§ 2º do art. 103 do CDC).

Interpretando este artigo, Zavascki (2005) conclui que no direito brasileiro, ao contrário do norte-americano, está consagrada a liberdade do titular do direito individual de aderir ou não ao processo coletivo, de submeter-se ou não ao que nele for decidido, de manter ou não, independente da existência ou do resultado da demanda coletiva, ou seu *status quo* jurídico individual. Conclui Zavascki (2005, p. 159): “A liberdade de vinculação, assegurada ao titular, realça a natureza dos direitos individuais homogêneos: são direitos subjetivos integrados ao patrimônio de titulares certos, que sobre eles exercem, com exclusividade, o poder de disposição”.

Mas, nem sempre será possível a ação coletiva em defesa de direitos decorrentes de origem comum. Para demonstrar tal conclusão, Rodrigues (2005) classifica, em termos de homogeneidade, três categorias destes direitos: a) direitos individuais com alto grau de homogeneidade; b) direitos individuais com médio ou baixo grau de homogeneidade; c) direitos individuais não homogêneos (heterogêneos) embora de origem comum. O primeiro grupo é o espaço por excelência das ações que tratam da tutela coletiva dos direitos individuais, em que elas têm como realizar o ideal da racionalização dos conjuntos com a melhor performance.

Mas, sendo rarefeito o grau de homogeneidade, a vantagem da ação coletiva se perde. Ou seja, a ineficiência maior ou menor das ações coletivas para tratamento de direitos individuais ligados por causa comum mantém vivas e pulsantes as ações individuais, pelo menos para veicular os casos de média ou rarefeita homogeneidade (RODRIGUES, 2005), razão da importância do tratamento da tutela individual repetitiva, de que faz parte o julgamento por amostragem dos recursos extraordinários repetitivos (e da respectiva Repercussão Geral) no âmbito do STF.

Oportuno lembrar que a própria lei contém restrições a demandas coletivas em temas específicos de direito individual homogêneo, do que é exemplo o art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/1985, que proíbe a tutela coletiva em casos que envolvam contribuições previdenciárias, FGTS e tributos em geral, remetendo os interessados a demandas individuais repetitivas.

7.4.5 Contornos processuais do recurso extraordinário repetitivo

A prática da previsão legal do recurso extraordinário repetitivo é em parte facilitada por conta do entendimento jurisprudencial de se tratar de recurso de estrito direito, o que o despojaria em grande monta da apreciação de matéria de fato.

Dentre as funções a que se preordena nossa Corte Constitucional – a nomofilática (preservação da inteireza positiva, validade e autoridade da Constituição) e a paradigmática (fixação de referenciais exegéticos com eficácia panprocessual) – relaciona-se esta segunda missão na esteira do prestígio crescente da jurisprudência sobretudo a dominante e aquela condensada em súmulas, tanto as vinculantes quanto as persuasivas (MANCUSO, 2015).

Inclui-se nesta pauta os recursos extraordinários, principalmente aqueles massivos e repetitivos, segmentos que, sabidamente, respondem em larga escala pela sobrecarga de processos no STF. Some-se a esta providência, a instituição do requisito intrínseco da Repercussão Geral.

Saliente-se, ao propósito, a eficácia extraprocessual da avaliação negativa do STF quanto à Repercussão Geral (repetitivos ou não), conforme o § 8º do art. 1035 do CPC/2015 (BRASIL, 2015): “Negada a repercussão geral, o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos extraordinários sobrestados na origem que versem sobre matéria idêntica”.

O novo CPC define os efeitos da desistência em sede de recurso extraordinário. Depois de prever a possibilidade de a parte, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir de qualquer recurso, ressalva que 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 (art. 998 e parágrafo único).

Por fim, tentando pacificar polêmica jurisprudencial sobre os efeitos vinculantes (ou não) da decisão do recurso-piloto (no Julgamento dos Recursos Extraordinário e Especial Repetitivos), o art. 1.040 prescreve no sentido da vinculação (ALVIN, DANTAS, 2019), em consonância com o escopo normativo de valorização do já decidido pelo STF e STJ. Prevê a norma que, publicado o acórdão paradigma (BRASIL, 2015):

I - o presidente ou o vice-presidente do tribunal de origem negará seguimento aos recursos especiais ou extraordinários sobrestados na origem, se o acórdão recorrido coincidir com a orientação do tribunal superior;

II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior;

III - os processos suspensos em primeiro e segundo grau de jurisdição retomarão o curso para julgamento e aplicação da tese firmada pelo tribunal superior;

7.5 Conclusão

Neste capítulo não tratamos de um fundamento específico para a instituição da Repercussão Geral como filtro de admissibilidade do Recurso Extraordinário no Brasil. Tratamos do contexto positivo processual (recurso especial (Resp), recursos repetitivos, ações coletivas...) em que o filtro constitucional foi inserido e tentamos descrever a sintonia de tal reforma com este contexto.

Analisamos a interposição conjunta do RE e do Resp. O reflexo da ausência de Repercussão Geral para o Resp (Recurso Especial) deve ser o do não conhecimento deste último, quando houver fundamentos distintos e impugnados, um constitucional e outro infraconstitucional, suficientes cada um a sustentar a decisão recorrida. Repelimos a opinião doutrinária de Alvim e Dantas (2019), para esta hipótese, que sustentam caber ao STJ o julgamento do processo na ausência declarada de Repercussão Geral. Se seguida pelo STF a opinião dos autores, certamente instituir-se-ia fator comprometedor da eficácia do instituto da Repercussão Geral.

Verificamos que o legislador ordinário (NCPC) (BRASIL, 2015) deu efeito vinculante mesmo à decisão para recurso extraordinário em controle de constitucionalidade difuso avulso (ou não repetitivo). Percebe-se, pelo exame dessas hipóteses um claro propósito no sentido da manutenção da estabilidade da Jurisprudência, dando o NCPC a devida valorização ao já decidido pelo STF; tanto nos julgamentos de recursos extraordinários repetitivos como de avulsos (ALVIM e DANTAS, 2019). Para Alvim e Dantas (2019), essa tomada de posição do legislador certamente reflete a consciência da comunidade jurídica brasileira no sentido de que o juiz cria direito (por isso o prestígio ao já decidido pelo Judiciário) e de que o direito deve ser estável e uniforme.

Constatamos que o julgamento por amostragem de recursos extraordinários repetitivos faz parte do entorno (do contexto) em que foi inserido o instituto da Repercussão Geral que pretende dar funcionalidade ao julgamento de demandas de massa. Para sua compreensão e eficaz operação, os recursos repetitivos (dentre eles os recursos extraordinários repetitivos que ajudam a congestionar o STF) devem ser diferenciados das bens conhecidas “ações coletivas” da legislação especial (onde são tratados direitos em si mesmos coletivos, ou a eles equiparáveis).

As diferenças ontológicas entre jurisdição e burocracia devem ceder quando afloram as repetições. Além do tratamento de demandas repetitivas, a concretização de valores colocados em normas prospectivas, ou mesmo de princípios constitucionais, e a maior abertura da justiça aos conflitos sociais não só exigem do juiz um raciocínio diferente, mas eventualmente lhe impõe atuação gerencial, própria da ciência da administração.

Destacamos ainda que a ineficácia maior ou menor das ações coletivas para tratamento de direitos individuais ligados por causa comum mantém vivas e pulsantes as ações individuais no centro do sistema da tutela coletiva, pelo menos para veicular os casos de média ou rarefeita homogeneidade, razão da importância do tratamento da tutela individual repetitiva, de que faz parte o julgamento por amostragem dos recursos extraordinários repetitivos (e da respectiva Repercussão Geral) no âmbito do STF.

Os institutos descritos tem fundamentos afins e apresentam sintonia com a sistemática da Repercussão Geral.

CONCLUSÃO

Esta tese buscou os fundamentos teóricos e históricos que deram suporte à implementação da Repercussão Geral, novo requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário brasileiro.

Através da descrição inicial da função dos juízes e dos tribunais de cúpula, diante das atuais pautas de conduta, concluiu que estas, nos dias de hoje, no Brasil, não se confundem necessariamente com o texto da lei e sua observância deve ter como norte sempre a isonomia e a segurança jurídica. O processo evoluiu, de meio para a realização de direitos subjetivos a meio de tutela efetiva de direitos através de decisões justas e/ou da promoção da unidade do direito. Constatou que é neste contexto que deve ser entendido o processo civil e as funções dos tribunais de vértice brasileiros. Dentre estas funções não deve ser incluída a de revisar todo e qualquer litígio já resolvido em sede recursal. O tribunal de vértice não deve ser visto como uma corte de justiça. Mas como uma corte de precedentes. Uma das razões da instituição da Repercussão Geral é evitar que cheguem ao STF aqueles recursos em que se tutela apenas o interesse das partes (o chamado *ius litigatoris*), ou seja a RG é meio de se selecionar as questões com potencial de deflagrar a unidade do direito constitucional brasileiro.

A tese mostrou ainda que há uma tendência mundial de resolver o fenômeno do congestionamento das Cortes de Vértice através da restrição de acesso, com o fim de erigi-las em verdadeiras cortes dos precedentes ou de controle concentrado de constitucionalidade. A RG é a versão brasileira nesta tendência.

Descreveu a justificção histórica e política da concepção do STF e do próprio recurso extraordinário, do qual a Repercussão Geral é atual e especial requisito de admissibilidade. Neste sentido, constatou que a partir da Constituição de 1891 evidenciou-se a destinação embrionária deste recurso à sustentação da Supremacia da Constituição, da autoridade, validade e inteireza do Direito federal, da natureza e do tipo de federação brasileira com a possibilidade do conhecimento de todo e qualquer recurso extraordinário. Estes escopos, hoje, podem ser buscados com o conhecimento de apenas parte destes Recursos Extraordinários em conjunto com a operação de outros instrumentos, como as ações de controle concentrado de constitucionalidade e o recurso especial, que não existiam em 1891. Concluiu que diante do crescente aumento de Recursos Extraordinários dirigidos ao STF faz-se necessário que só se permitam acesso à esta corte (o que justifica a instituição da

Repercussão Geral) daqueles recursos que puderem trazer contribuição ao cumprimento dos objetivos institucionais do STF.

Descreveu o modelo encontrado em Mitidiero (2015) ou Taruffo (2011), que distingue as Cortes Supremas das Cortes Superiores. A partir dele demonstrou que uma corte constitucional não pode ser vista como a fonte final da justiça do caso concreto, mas como corte de precedentes, e que formas de seleção de recursos segundo critérios relacionados com a importância geral das questões levantadas (como a Repercussão Geral) é um requisito fundamental para que uma corte de vértice seja vista como suprema.

Fixou as premissas (pressupostos teóricos e estruturais), com base no modelo de Mitidiero (2015) e Taruffo (1999), que permitem que o STF se distancie da prática de uma corte superior e se aproxime da prática de uma corte suprema. O STF já tem a previsão de indicação política, e não funcional, na escolha de seus componentes, o que, segundo o modelo, garante a influência das várias inclinações ideológicas representadas nos demais poderes (Legislativo e Executivo). A Repercussão Geral tem a capacidade de afastar a Corte da função jurisdicional de controle da aplicação da legislação em todos os casos. O STF tem a oportunidade de controlar sua agenda, em prol de cumprir seus objetivos institucionais, dentro de um contexto teórico que reconhece à Corte a função de reduzir a equivocidade dos enunciados linguísticos em que o Direito comumente é vazado, decidindo, em definitivo, o sentido da Constituição nas relevantes questões constitucionais.

A tese descreveu algumas das tentativas anteriores, pensadas ou implementadas, para a superação da centenária crise do STF. A Repercussão é mais uma destas tentativas, em vista do fracasso das anteriores.

Descreveu o contexto positivo processual (recursos repetitivos, ações coletivas...) em que o filtro constitucional foi inserido, e defendeu a sintonia e a complementariedade da RG com este contexto.

Concluiu que os fundamentos expostos deram, em conjunto, suporte para a implementação da Repercussão Geral como solução para a crise do STF e como fator de direcionamento do nosso tribunal constitucional para uma ação ordenada (e em conjunto com as outras instâncias judiciais) para a busca de suas funções nomofilática, uniformizadora e paradigmática no campo do direito constitucional.

Nossa Corte Constitucional não pode funcionar como uma terceira (ou quarta) instância no julgamento cabível de todos os Recursos Extraordinários impetrados. Cabe-lhe,

como Corte Suprema, perseguir a integridade do direito constitucional brasileiro (ou a “guarda da Constituição”, como prescreve a Constituição Federal) através de decisões paradigmáticas em questões relevantes e transcendentes. A instituição da Repercussão Geral faz parte do esforço para prestigiar este intento.

O STF pode aproximar-nos de um modelo de corte constitucional ideal que, dentro de nossa realidade, apresentasse menos inconvenientes e ao mesmo tempo oferecesse mais vantagens, ou seja, não se afastasse do exercício de sua função de tribunal constitucional e ao mesmo tempo contribuísse para a efetividade do processo.

Assim como o STF não é simplesmente mais um tribunal superior, e sim a Corte Suprema em matéria constitucional, encarregada de buscar o império e a unidade direito constitucional e a paz na federação, também o recurso extraordinário não configura mais uma possibilidade de impugnação, e sim o remédio de cunho político-constitucional que permite ao STF dar cumprimento à sua elevada missão (MANCUSO, 2015).

O ideal é que determinadas cortes sejam predispostas à prolação de decisões justas e outras se ocupem somente da formação de precedentes. O instituto da Repercussão Geral tem como fundamento direcionar o STF ao atingimento deste intento. A Repercussão Geral não pode ser tomada como apenas um instrumento de redução numérica de recursos extraordinários levados ao STF, mas também como via de moldagem deste tribunal as suas funções constitucionais, fator de direcionamento deste tribunal de cúpula para uma ação ordenada para o cumprimento de suas funções nomofilática, uniformizadora e paradigmática e de superação da índole subjetivista do recurso extraordinário. O STF não é essencialmente uma corte de justiça. É uma Corte Suprema.

Uma das principais respostas ao congestionamento do STF trazida pela Reforma do Judiciário - Emenda Constitucional n° 45/2004 (BRASIL, 2004) - foi o instituto da Repercussão Geral (§ 3° do art. 102 da CF, incluído pela EC n° 45/2004), requisito de admissibilidade adicional do Recurso Extraordinário, para que este recurso seja julgado pelo STF. Segundo dados do próprio STF⁹⁷, o total de Recursos Extraordinários e de agravos correspondentes (recurso à negativa de admissibilidade) representou 34,02% de todos os processos distribuídos aos ministros em 2020 (12.236, de um total de 35.968 processos). Este percentual era de 92,96% em 2006 (110.696, de um total de 116.166 processos), ano em que foi regulamentada a Repercussão Geral (Lei n° 11.418, de 19/12

⁹⁷ Conforme “<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>”. Acesso em 26/08/2021.

Apesar da diminuição substancial em termos percentuais (e também absolutos) de recursos extraordinários em relação ao total de demandas no tribunal, que deve ser atribuída tranquilamente à instituição da Repercussão Geral, ainda há muito a fazer. Um montante de 35.968 processos por ano (total de demandas atribuídas a relator no STF em 2020) ainda é um número exorbitante. Mas o foco passa a não ser só o Recurso Extraordinário (e o Supremo Recursal⁹⁸). Daquele total do ano de 2020, foram distribuídos aos ministros do STF 15.117 *habeas corpus* e 7.030 reclamações constitucionais⁹⁹. Cabe a análise destes institutos, no contexto do STF, considerando aspectos teleológicos, normativos e institucionais.

⁹⁸ Na definição de Falcão, Cerdeira e Argueles (2011).

⁹⁹ Conforme “<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>”. Acesso em 26/08/2021.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Ed RT, 2014.
- ABRAÃO, Bernardina Ferreira Furtado. **Repercussão geral e acesso à justiça: consequências do instituto diante dos direitos e garantias individuais**. 2011. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.
- ALCALÁ, Umberto Nogueira. Las Competencias de los Tribunales Constitucionales de America del Sur. **Ius et Praxis** v.8, n.2, p. 71-92, Talca, 2002. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122002000200003. Acesso em: 08/08/2019.
- ALEXY, Robert. Vícios no exercício do poder discricionário. **Revista dos Tribunais**, ano 89 - volume 779 - setembro de 2000, p. 11-46.
- ALVES, Alaor Caffé. Planejamento e Federação: Algumas Reflexões sobre seus Princípios. **Revista da Procuradoria Geral Est. São Paulo**, (6) 97-130, julho 1975. p. 97 – 130.
- ALVES, José Carlos Moreira. Poder Judiciário. **Revista dos tribunais**. Cadernos de Ciência Política. Ano 5, n. 18, janeiro-março de 1997, p. 269-283.
- ALVES, José Carlos Moreira. O Supremo Tribunal Federal em face da nova Constituição – Questões e perspectivas. **Arquivos do Ministério da Justiça**, Brasília jun-set 1989, p 35-47.
- ALVIM, Teresa Arruda. Cada caso comporta uma única solução? **Revista Jurídica Luso-brasileira**, ano 5 (2019), n.º 4, p. 1587-1611.
- ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a nova função dos tribunais superiores**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- ALVIM, Eduardo Arruda; FERREIRA, Eduardo Aranha Alves. Função paradigmática do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Forense**, São Paulo, volume 429, 30.jun.2019.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. O Supremo Tribunal Federal: composição, organização e competências. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v.21 n.124, jun/set 2019, p. 411-425.
- ANDRIGHI, Fátima Nancy. Primeiras reflexões sobre o pedido de uniformização de interpretação no âmbito dos juizados especiais cíveis e criminais. In: FUX, Luiz; JUNIOR, Nelson Nery; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord). **Processo e Constituição: Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 461-467.
- ANTUNES, Carmem Lúcia. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis, v. 35, n. 117, abr./jun. 2009, p. 71-107.
- ARENDDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 5ª ed., São Paulo: Perspectiva, 2014.

ARRUDA ALVIM. A EC n. 45 e o instituto da repercussão geral. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Reforma do Judiciário**: Primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: RT, 2005, p. 63-100.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel. **A arguição de relevância no recurso extraordinário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário, São Paulo: Malheiros, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 215, jan./mar. 1999, p. 151-179.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Estruturação de um sistema de precedentes no Brasil e concretização da igualdade: desafios no contexto de uma sociedade multicultural. **Revista Populus**, Salvador, n. 1, setembro 2015, p. 307-337.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. **Revista da EMERJ**, v.4, n.15, 2001, p. 11-47.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Trabalho desenvolvido por solicitação da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. 2007. Disponível em: http://pfdc.pgr.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf/view. Acesso em: 04/09/2021.

BARROSO, Luís Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil**: crônica de um sucesso imprevisto. 2012. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2012/12/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>.

BENEDUZI, Renato. **Introdução ao processo civil alemão**. Salvador: JusPodivm, 2015.

BENETI, Sidnei Agostinho. Doutrina de Precedentes e Organização Judiciária. **Revista de Direito Administrativo - FGV**, v. 245, 2007, p. 318 – 340.

BENITEZ, Rafaela. O controle de constitucionalidade e a amplitude democrática do acesso à justiça constitucional nos países do Mercosul. **Novos Estudos Jurídicos**, volume 8, nº 1, p. 87-122, jan./abr. 2003. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download>. Acesso em: 08/08/2019.

BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado (CPE)**, 7-Febrero-2009. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf. Acesso em: 29/08/2021.

BONATO, Giovani. O filtro ao recurso de cassação no sistema jurídico italiano. **Revista de Processo**, vol. 249, 2015. Editora Revista dos Tribunais. Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.249.12.PDF. Acesso em: 04/09/2021.

BONAVIDES, Paulo. O método tópico de Interpretação Constitucional. **Revista do Tribunal Federal de Recursos**, n. 145 (1987).

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 20/08/2021.

BRASIL. **Exposição de Motivos do Código de Processo Civil**. 2010. Disponível em: https://www.verbojuridico.com.br/vademecum/CPC_EXPOSICAO_DE_MOTIVOS.pdf. Acesso em: 20/08/2021.

BRASIL. **Lei n. 11.672, de 08/05/2008**. Acresce o art. 543-C à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, estabelecendo o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2008/lei-11672-8-maio-2008-575047-norma-pl.html>. Acesso em: 10/08/2019.

BRASIL. **Lei n 11.418, de 19/12/2006**. Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11418.htm. Acesso em: 10/08/2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm. Acesso em: 10/08/2019.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18009.htm. Acesso em: 10/08/2019.

BRASIL. **Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18009.htm. Acesso em: 10/08/2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/.htm. Acesso em: 10/08/2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc07-77.htm. Acesso em: 20/08/2021.

BRASIL. **Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973**, Institui o Código de Processo Civil (revogado). 1973. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869impressao.htm. Acesso em: 20/08/2021.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 10/08/2019.

BRASIL. **Decreto 848, de 11/10/1890**. Organiza a Justiça Federal.-Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm. Acesso em: 20/08/2021.

BRASIL. **Decreto 510, de 22/06/1890**. Publica a Constituição dos Estados Unidos do Brazil. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/388004>. Acesso em: 20/08/2021.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. 1824. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 20/08/2021.

BRASIL. Senado Federal. **Proposta de Emenda à Constituição nº 10, de 2017**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/128403>. Acesso em: 20/08/2021.

BRASIL. STF. **Portal do STF**. 2021. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=754745&classe=AI>. Acesso em: 05/09/2021.

BRASIL. STF. **Estatísticas do STF**. 2019. Dados disponíveis em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=REAIProcessoDistribuido>. Acesso em: 07/07/2019.

BRASIL. STF. **REsp n. 12315 / PE, de 20/11/1991**. 1991. Dados disponíveis em: Disponível em:
https://processo.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaos?classe=&num_processo=&num_registro=199100133124&dt_publicacao=03/02/1992. Acesso em: 24/08/2021. Acesso em: 07/07/2019.

BRENNER, Saul. Granting Certiorari by the United States Supreme Court: An Overview of the Social Science Studies. 92, **Law Library J.** 193 (2000). Disponível em:
<http://www.wneclaw.com/supctolder/supctcertbrenner.html>. Acesso em: 04/09/2021.

BULYGIN, Eugenio. Judiciário e democracia. Os juízes criam leis? XII Seminário Eduardo Garcia Mainez sobre teoria e filosofia do Direito, **Isonomy** no.18. Mexico: abr. 2003.

CABRAL, Antonio do Passo. Requisito da relevância no sistema recursal alemão. In: FUX, Luiz et al. (Coord.). **Repercussão geral da questão constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 71-85.

CAMPOS, Anna Maria. Accountability: quando devemos traduzi-la para o português? Rio de Janeiro. **Revista de Administração Pública**, v. 24, n. 2, 1990.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.

CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu ? A expansão e a legitimidade da “justiça constitucional”. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, 2001, v. 20, p. 268.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores ?** Tradução de Carlos Alberto Alvares de Oliveira. Sérgio Fabris Editor, Porto Alegre: 1993.

CAPPELLETTI, Mauro. **Judicial Review in the Contemporary World**. Indianapolis: Bobbs-Merrill Company, 1971.

CAPPELLETTI, Mauro. Judicial Review in Comparative Perspectives. **California Law Review**. vol. 58. October – 1970, nº 5. Disponível em: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1110354/files/fulltext.pdf>. Acesso em: 21/01/2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e Revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, S. A. Fabris, 2002. ISBN 8588278294. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:livro:2002;000726050>.

CARNELLUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Editora: Russell, São Paulo. Ano: 2008.

CARRATTA, Antonio. **Giudizio di cassazione e nuove modifiche legislative**: ancora limiti al controllo di legittimità. Disponível em: www.treccani.it. Acesso em: 23/08/2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 14ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005.

CASTRO, Daniel Pentead de Castro de. Questões polêmicas sobre o julgamento por amostragem do recurso especial repetitivo. **Revista de Processo**, vol. 206/2012, p. 79 – 122, Abr 2012.

CONJUR. **Anuário da Justiça Brasil 2021**. Disponível em: <https://anuario.conjur.com.br/pt-BR/profiles/78592e4622f1/editions/2e4aa897a18cfeddd907/pages/page/13>. Acesso em: 05/09/2021.

COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. **Justitia**: São Paulo, n. 51(145), jan/mar. 1989, p. 34-54.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DANTAS, Bruno. (In)consistência Jurisprudencial e Segurança Jurídica: o “novo” dever dos tribunais no Código de Processo Civil brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 262/2016, Dez / 2016, p. 323-344.

DANTAS, Bruno. **Teoria dos Recursos Repetitivos**. Editora: Revista dos Tribunais; São Paulo: 2015.

DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral**: Perspectiva histórica, dogmática e de direito comparado. Questões processuais. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DICIOTTI, Enrico. **Verità e Discorso nel Diritto**: I'l Caso Dell'Interpretazione Giudiziale. Universidade de Siena. 2013. Disponível em:
<https://www.dispi.unisi.it/sites/st06/files/allegatiparagrafo/22-05-2013/wp16.pdf>.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. Volume II, 3ª edição. Juspodium, Salvador: 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie, ZANETI JUNIOR, Hermes. **Curso de direito processual civil**. Volume IV. Juspodium, Salvador: 2007

DINAMARCO, Cândido. Os efeitos dos recursos. In: NERY JR, Nelsom; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos civis de acordo com a Lei n. 10.352/2001**. Editora: Revista dos Tribunais; São Paulo: 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 1. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DINAMARCO, Cândido. A função das Cortes Supremas na América Latina. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 342, 1990, p. 3-12.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito à luz da lei 10.406/02**. 15 ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ENGISH, Karl. **Introdução ao Pensamento Jurídico**. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa: 1996.

ESTADOS UNIDOS. **American Constitution**. 1787. Disponível em:
https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm?utm_content=buffer05951. Acesso em: 14/08/2021.

FALCÃO, Djalci. O Poder Judiciário e a Nova Constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 174: 1-43 out/dez. 1988.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A. Acesso ao Supremo: Quando os Recursos São Parte do Problema. In: **Jurisdição Constitucional e Política**, organizado por Daniel Sarmento. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1, p. 479-489.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo; ARGUELHES, Diego Werneck. **I Relatório Supremo em Números – O Múltiplo Supremo**. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2011. Disponível em: <http://supremoemnumeros.fgv.br>, p. 58.

Disponível em: <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/publicacoes.html>. Acesso em: 07/07/20019.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Tradução Dúnia Marinho Silva. São Paulo: Landy Editora, 2004.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Ferraz. **Função Social da Dogmática Jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FGV. RELATÓRIO MESA-REDONDA SOBRE 'REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO'. **Revista de Direito Público e Ciência Política**, Rio de Janeiro, vol. VIII, n. 2, maio / ago. 1965.

GALLI, Marcelo. Necessidade e filtro: **grande número de processos desqualifica o trabalho da Corte de Cassação**. Revista Consultor Jurídico, 27 de setembro de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-27/entrevista-giorgio-santacroce-presidente-corte-cassacao-italia>. Acesso em: 24/11/2021.

GIANINNI, Leandro. **El “Certiorari”**: La jurisdicción discrecional de las Cortes Supremas. Libreria Editora Platense, La Plata. 2016.

GOMES, Orlando. O Problema da Codificação. **Revista Sumário da Academia Brasileira de letras Jurídicas**. 2012. nº 1. Disponível em: <http://www.ablj.org.br/revistas/revista1.asp>.

GORLA, Gino. **Raccoltra di saggi sull'interpretazione e sul valore del Precedente in Italia**. Editore Antezza: Roma – IT, 2020.

GUASTINI, Riccardo. **Interpretar e argumentar**. Tradução Adrian Sgarbi, Frederico Menezes Breyer e Fernando Daniel de Moura Fonseca. Belo Horizonte: Editora D'plácido, 2019.

HALL, Peter A.; TAYLOR, Rosemary C. R. As Três Versões do Neo-institucionalismo. In: **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, nº 58 – 2003.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. O Federalista. 3ª ed. São Paulo: editora Russel, 1984

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Editora Martins Fontes. São Paulo: 2009.

HARTNETT, Edward A. Questioning certiorari: some reflections seventy-five years after the Judge's Bill. **Columbia Law Review**, vol. 100, november 2000, n 7.

HASSEMER, Winfried. O Sistema do Direito e a Codificação: a vinculação do juiz à lei. **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, n. 36, ano XIII – 1986 / março.

ITÁLIA. **Lei nº 69, de 18 de junho de 2009**. Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività —nonche in materia di processo civile. Disponível em: < <http://www.normattiva.it/>>.

ITÁLIA. **Constituição da República Italiana**, de 22 de dezembro de 1947. Disponível em: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/no_vita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em: 05/09/2021.

ITÁLIA. **Decreto-lei nº 1443, de 28 de outubro de 1940**. Codice di procedura civile. Disponível em: <http://www.altalex.com/index.php?idnot=33723>.

KATZ, Ellis. **Federalismo e a Suprema Corte**. **Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo**: São Paulo, FMU, 1986, 28 v, p. 64/85.

KATZ, Ellis. Aspectos Constitucionais e Políticos do Federalismo Americano. **Revista de Direito Público**, ano XVI, jan/mar 1983, n. 65, RT: São Paulo, p 97-101.

KERN, Christoph. The role of the Supreme Court. **Revista de Processo**, fev/2014 v. 39, n. 228, p. 15 a 36.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 6ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2012.

LEAL, Vitor Nunes. Aspectos da reforma judiciária. **Revista de Informação Legislativa**, setembro de 1965, p 15/47.

LIMA, Iara Meneses. Escola da Exegese. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, vol. 97, ano 2008, p 105-122. Disponível em: <https://doi.org/10.9732/55>. Acesso em 05/09/2021.

LIMA, Alan E. Vargas. La evolución histórica del control de constitucionalidad en Bolivia y su proyección hacia un modelo plural. **Precedente**, julio - diciembre 2018, vol. 13, p. 81-118, Cali – Colômbia.

LOPES, João Batista. Direito à prova, discricionariedade judicial e fundamentação da sentença. In: **Grandes Temas do NCPC**, v. 5, 2ª ed. São Paulo: Editora Juspodium, 2016.

LOURES, José Costa. Linhas Gerais da Organização Judiciária na Itália. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. 2009, p. 60-76.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. **Ajuris - Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul**, n. 49, 1990, p. 149-169.

MACEDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. 2ª. ed. Ed Juspodivm, 2017.

MACEDO, Lucas Buriel de. Precedentes judiciais: como podemos sentir falta do que nunca tivemos. **Revista Justificando**. 2015. Disponível em: <http://www.justificando.com/2015/05/06/os-precedentes-judiciais-no-cpc2015-ou-de-como-podemos-sentir-falta-do-que-nunca-tivemos/>. Acesso em: 18/08/2021.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 13ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ Enquanto Corte de Precedentes**. 2ª ed. São Paulo:

Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. O Superior Tribunal de Justiça enquanto Corte Suprema: de Corte de Revisão para Corte de Precedentes. **Magister**. 2013. Disponível em: http://www.editoramagister.com/doutrina_24553823_O_SUPERIOR_TRIBUNAL_DE_JUSTICA_ENQUANTO_CORTE_SUPREMA_DE_CORTE_DE_REVISAO_PARA_CORTE_DE_PRECEDENTES.aspx. Acesso em 08/08/2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil**. v. 1. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Repercussão Geral no recurso extraordinário**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Repercussão geral e súmula vinculante: relevantes novidades trazidas pela EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Reformas do Judiciário: Primeiras reflexões sobre a EC n. 45/2004**. São Paulo: RT, 2005, p. 373-390.

MAUÉS, Antonio Moreira. Súmula Vinculante e Proteção dos Direitos Fundamentais. Revista Direitos Fundamentais e Justiça. Jul/Set 2009. **Revista brasileira de direitos fundamentais e justiça**, vol. 3, n. 08, jul-set/2009, p. 81-96. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/480>. Acesso em 15/10/2019.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª Ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2012a.

MELLO, Cláudio. Mandado de segurança contra denegação ou concessão de liminar. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura - RDAI**, v. 3, n. 11, 30 set. 2019, p. 441-449.

MELLO, Cláudio. Interpretação Jurídica e Dever de fundamentação das Decisões Judiciais no Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. RePro Vol. 255 (Maio 2016). Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.255.03.PDF.

MELLO, Cláudio. **Discricionariedade e controle judicial**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012b.

MICHELON, Claudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. **University of Edinburg – Working paper series**: 2009/8. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1371140. Acesso em: 03/11/2020.

MITIDIERO, Daniel. A Tutela dos Direitos como fim do processo Civil no Estado Constitucional. **Revista de Processo**, vol. 229, mar / 2014, p. 51–74.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 2ª edição. São Paulo: Ed. RT, 2012a.

MITIDIERO, Daniel. **Fundamentação e precedente**: dois discursos a partir da decisão judicial, RePro 206/61 (DTR\2012\2708)-78. São Paulo: Ed. RT, 2012b.

MITIDIERO, Daniel. Por uma reforma da Justiça Civil no Brasil, **Revista de Processo - RePro** vol 199; São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 83 – 99.

MITIDIERO, Daniel. Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil. **Gênesis Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênesis, 2004, n. 33, p. 484/510.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Suprema Corte Americana: **Um Modelo para o Mundo?** Revista Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 233: 201-211, Jul./Set. 2003. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45448/45002>. Acesso em: 05/09/2021.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. **Revista Brasileira de Direito Processual**: RBDPro n. 48, p. 111–118, out./dez., 1985.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. **Revista Forense**, v. 75, Rio de Janeiro, 1979, p. 605/622.

MOTA PINTO, Paulo. O Direito ao Livre Desenvolvimento da personalidade. In: **Portugal – Brasil**, Coimbra, Coimbra Editora: 1999, p. 149 – 246.

NEGRÃO, Thetonio. Uma Nova Estrutura para o Judiciário. **Revista dos Tribunais**: RT, v. 78, n. 639, jan. 1989.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 18ª edição – São Paulo: Editora dos Tribunais, 2019.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NEVES, Antônio Castanheira. **O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

NOHARA, Irene Patrícia. **O motivo no ato administrativo**. São Paulo: Atlas, 2004.

NUNES, Victor Leal. Passado e futuro da súmula do STF. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 145, jul./set. 1981, p. 1-20.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Recurso extraordinário e o requisito da repercussão geral**. São Paulo: Ed. RT, 2013.

OTEIZA, Eduardo. El problema de la uniformidad de la jurisprudencia en América Latina. **Revista de processo** / Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, 1976. 31, n. 136, p. 151–195, jun., 2006.

OTEIZA, Eduardo. A função das Cortes Supremas na América Latina. **Revista de processo** / Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Imprensa: São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 35, n. 187, p. 181–230, set., 2010.

PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, in: **Portugal-Brasil, ano 2000**, Coimbra:Coimbra Editora, 1999, p. 149-246.

RAGONE, Alvaro Perez. SALGADO, José Maria. Giuseppe Chiovenda. **Revista de Derecho Procesal**: Los contratos y el negocio jurídico procesal. Santa Fé (ARG): Rubinzal – Culzoni editores, 2017.

REDONDO, Maria Cristina. Razones y Normas. Editorial: Universidad Nacional del Sur. **Revista Discusiones**, 12/2005, p. 29/67. Disponível em: <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/115431>. Acesso em 05/09/2021.

RISSE, Edimara Sachet et al. A Repercussão Geral e os Efeitos no Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade o papel do Supremo Tribunal Federal. **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/franciscobeltrao.pdf>. Acesso em 07/08/2019.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. **O Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional**. Brasília, ano 34, n. 135, jul./set. 1997. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/269/r135-21.pdf?sequence=4>. Acesso em 08/08/2019.

RODRIGUES, Leda Boechat. **Doutrina brasileira do Habeas Corpus**. Editora Civilização Brasileira S. A: Rio de Janeiro, 1991.

RODRIGUES, Ruy Zoch. **Ações Repetitivas**: casos de antecipação de tutela sem o requisito de urgência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ROSENN, Keith. Os Efeitos do Controle Judicial de Constitucionalidade nos Estados Unidos, Canadá e América latina numa Perspectiva Comparada. **Revista de Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, 235, p 159-185, Jan./Mar. 2004.

SAGUES, Nestor Pedro. **Recurso extraordinario**. 4ª edición. Astrea: Buenos Aires, 2002.

SANTISO, Carlos. Economic reform and judicial governance in Brazil: balancing independence with accountability, **Democratization**, 10:4, 161-180, DOI: 10.1080/13510340312331294077 . Acesso em : 05/09/2021.

SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**, 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Um pouco de direito constitucional comparado** - 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1963.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

STF. **Regimento Interno do STF**. 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>. Acesso em: 24/08/2021.

SUPREME COURT. **Rules of the Court**. 2019. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/ctrules/2019RulesoftheCourt.pdf>. Acesso em: 13/08/2021.

SUPREME COURT RULES OF THE UNITED KINGDOM. **The Supreme Court Rules** 2009. Disponível em: https://www.supremecourt.uk/docs/uksc_rules_2009.pdf. Acesso em: 13/08/2021.

SUSTEIN, Cass R. **A Constituição Parcial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **Michigan Law Review**, vol. 101, 2002. p. 886-951.

SUNSTEIN, Cass; THALER, Richard. Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness. **New Haven & London**: Yale University press, 2008.

TAFT, William. The attacks on the courts and legal procedure. **Kentucky Law Journal**. Vol. V. Lexington, KY., october 1916. n. 2.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. Tradução de Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. 1ª ed , São Paulo: Márcia Pons, 2015a.

TARUFFO, Michele. As Funções das Cortes Supremas: entre a Uniformidade e Justiça. **Colóquio Brasil – Itália de Direito Processual Civil** – São Paulo: Editora Juspodium, 2015b, p. 39/50.

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/>. Data de acesso: 31/03/2021.

TARUFFO, Michele. Aspectos fundamentais do processo civil de *commom law* e *civil law*. In **Processo Civil Comparado: Ensaio**. Marcia Pons: 2013.

TARUFFO, Michele. Aspetti del precedente giudiziale. **Registrazione Tribunale di Pisa**, 11/07, in data 20 marzo 2007.

TARUFFO, Michele. **Il vértice ambíguo**: Saggi sulla cassazione civile. Imprenta: Milano, A. Giuffrè, 1997.

TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**, Il Mulino: Bologna, 1991.

TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América**. Tradução Eduardo Brandão. 2ª edição. Martins Fontes: São Paulo, 2005.

TUNC, André. La Cour suprême idéale. In: **Revue internationale de droit comparé**. Vol. 30 N°1, Janvier-mars 1978. La cour judiciaire suprême. Enquête comparative. p. 433-471;

VAZ, C. A. C.; LIMA, J. F. P. A Governança Judicial do CNJ: Inspeções e Correções da Corregedoria Nacional de Justiça nos Tribunais de Justiça Estaduais da Região Norte do Brasil. **Anais Eletrônicos: IX Encontro da ABCP**, ISBN: 978-85-66557-01-5.

VENEGAS, Edgar Peña. Aspectos de interpretación constitucional ante la nueva constitucion política del estado plurinacional de Bolivia. **Rev. boliv. de derecho** n° 19, enero 2015, ISSN: 2070-8157, pp. 428-445. Disponível em: http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n19/n19_a18.pdf. Acesso em: 28/08/2021.

VILLELA, José Guilherme. Recurso Extraordinário. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. Ano 3, n. 89. Jan/mar 1986, p. 235/256

VELLOSO, Carlos Mario da Silva. O Superior Tribunal d Justiça na Constituição. **Informativo Jurídico da biblioteca Ministro Oscar Saraiva**. v. 1. n. 2, p. 89-186, jul./dez. 1989.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Repercussão geral sob a ótica da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Questão de fato, conceito vago e a sua controlabilidade através de recurso especial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Aspectos polêmicos e atuais do recurso especial e do recurso extraordinário**. São Paulo: RT, 1997. p. 428 - 463.

WHITE HOUSE. 2021. **White House / Presidentes**. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/about-the-white-house/presidents/>. Acesso em: 13/08/2021.

ZAVASKI, Teori Zavaski. **Direito Coletivo**: Tutela de direitos coletivos e a tutela coletiva de direitos. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, UFRGS, Porto Alegre, 2005.

ZAGANELLI, Margareth Vetis. O “Filtro” de Admissibilidade para o Recurso de Cassação na Reforma Processual Civil Italiana de 2009. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP/UERJ**. Volume VIII. Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/20843>. Acesso em: 08/08/2019.