

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UnB
Faculdade de Direito - FD
Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGD

André Luiz Salge Pereira

**O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA,
O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E O PRECEDENTE:**

**Desafios para o desempenho da função de corte de vértice
a partir de um novo modelo de julgamento colegiado**

Brasília

2022

André Luiz Salge Pereira

**O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA,
O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E O PRECEDENTE:
Desafios para o desempenho da função de corte de vértice
a partir de um novo modelo de julgamento colegiado**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, Estado e Constituição.

Linha de pesquisa: Constituição e Democracia.

Sublinha: Direito e Instituições.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Daniela Marques de Moraes

Brasília

2022

André Luiz Salge Pereira

**O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA,
O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E O PRECEDENTE:
Desafios para o desempenho da função de corte de vértice
a partir de um novo modelo de julgamento colegiado**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, Estado e Constituição.

Linha de pesquisa: Constituição e Democracia.

Sublinha: Direito e Instituições.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Daniela Marques de Moraes

BANCA EXAMINADORA:

Prof.^a Dr.^a Daniela Marques de Moraes
Faculdade de Direito - Universidade de Brasília
Presidente

Prof.^a Dr.^a Paula Pessoa Pereira
Faculdade de Direito - Universidade de Brasília
Examinadora interna

Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni
Universidade Federal do Paraná
Examinador externo

Prof.^a Dr.^a Debora Bonat
Faculdade de Direito - Universidade de Brasília
Suplente

*Para todos os Ministros e Servidores do Superior Tribunal de Justiça,
de ontem, de hoje e de sempre.*

AGRADECIMENTOS

Deus é bom o tempo todo. O tempo todo Deus é bom. A Ele, em primeiro lugar, agradeço por mais esta benção.

Ao meu querido pai, Edison (*in memoriam*), pois, como já disse João Nogueira, “(...) que falta lhe confesso que ainda hoje faz”.

À minha mãe querida, Alda, pelo exemplo de fé, dignidade e honestidade, além da graça de ser seu filho.

Aos meus amados irmãos, Adriano e Ana Paula, companheiros de caminhada nesta escola da vida. E também aos meus cunhados, Luciana e Danilo. E, ainda, aos rebentos desse amor, Lucas, Rafaella e Ana Laura.

À querida Andrea, pelo carinho e pelo cuidado.

À minha orientadora querida, Professora Daniela Marques de Moraes, que me ensinou, pelo exemplo, a importância do olhar do outro.

Aos meus estimados amigos, da vida e do trabalho, que me apoiaram, carinhosamente, nos momentos em que mais precisei.

À distinta banca examinadora, formada pelos eminentes Professores Luiz Guilherme Marinoni, Paula Pessoa e Debora Bonat, cujas obras são fontes inspiradoras para seguirmos lutando pelo desenvolvimento do Direito.

*É urgente que a gente pare de trocar baldes
e resolva a goteira que está no nosso telhado.*
(Leandro Roque de Oliveira, o Emicida)

RESUMO

Este estudo objetiva compreender o impacto do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) nas atividades do Superior Tribunal de Justiça (STJ), especialmente no que se refere à edição de precedentes. Com apoio na teoria de Luiz Guilherme Marinoni de que as Cortes Superiores não devem mais desempenhar o papel de corte de revisão, mas de interpretação, e de Conrado Hübner Mendes, para quem as deliberações das cortes constitucionais devem ser substancialmente colegiadas, perpassando ainda pela análise de dados estatísticos (antes e depois da vigência do novo código), considerou-se que muito pouco se avançou nesta transição do STJ de corte superior que produz jurisprudência dominante para aquela que edita precedentes. São registrados os pontos de estrangulamento que limitam o desempenho dessa função orientadora da sociedade e de colaboração com o Poder Legislativo no desenvolvimento do Direito, bem como, ao final, sugere-se uma nova proposta de procedimento de deliberação colegiada.

Palavras-chave: Processo Civil; Superior Tribunal de Justiça; Precedentes (Direito); decisão judicial; julgamentos; deliberação colegiada.

ABSTRACT

This study aims to understand the impact of the Civil Procedure Code of 2015 (CPC/2015) on the activities of the Superior Court of Justice (STJ), especially about the edition of precedents. Based on the theory of Luiz Guilherme Marinoni, that the Superior Courts should no longer play the role of a court of review, but of interpretation, and of Conrado Hübner Mendes, for whom the deliberations of the constitutional courts must be substantially collegiate, still passing through the analysis of statistical data (before and after the new code came into force), it was considered that very little progress had been made in this transition from the STJ as a superior court that produces dominant jurisprudence to one that edits precedents. The bottlenecks that limit the performance of this guiding function of society and collaboration with the Legislative Power in the development of Law are highlighted, as well as, in the end, a new proposal for collegiate deliberation procedure is suggested.

Keywords: Civil Procedure; Superior Court of Justice; Precedents (Law); Judicial decision; judgments; collegiate deliberation.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Explicação que precede, no boletim estatístico processual anual do STJ de 2021, as figuras abaixo dispostas naquele informativo (figuras 14a e 14b)	41
Figura 2 - Figuras 14(a) e 14(b) do boletim estatístico processual anual do STJ de 2021	41
Figura 3 - STF - Evolução do plenário virtual	47

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - STJ: quantitativo de acórdãos principais e sucessivos por períodos	38
--	-----------

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1: STJ - Processos distribuídos no período de 2010 a 2021	32
Gráfico 2: STJ - Média e total da distribuição de processos cíveis de 2010-2015 e de 2016-2021	33
Gráfico 3: STJ - Processos julgados no período de 2010 a 2021	34
Gráfico 4: STJ - Relação entre processos cíveis distribuídos e julgados entre 2010 e 2021	35
Gráfico 5: STJ - Processos baixados e tramitando entre 2011 e 2021	36
Gráfico 6: STJ - Processos sobrestados ao final de cada ano	37
Gráfico 7: STJ - Decisões cíveis monocráticas x colegiadas	40
Gráfico 8: STJ - Processos distribuídos nas classes de AREsp, REsp e total ...	43
Gráfico 9: STF - julgamentos presenciais (incluídos os telepresenciais) x virtuais	48
Gráfico 10: STJ - julgamentos colegiados cíveis por tipo de sessão de julgamento	49
Gráfico 11: STJ - Agravos internos julgados virtualmente por tipo de decisão	50

LISTA DE SIGLAS

Agravo em recurso especial (AREsp)
Agravo em recurso extraordinário (ARE)
Agravo interno (AgInt)
Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973)
Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015)
Conselho da Justiça Federal (CJF)
Conselho Nacional de Justiça (CNJ)
Constituição Federal (CF)
Emenda Constitucional (EC)
Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)
Inteligência artificial (IA)
Recurso especial (REsp)
Ministério Público (MP)
Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)
Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça (RISTJ)
Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF)
Regimento Interno do Tribunal Federal de Recursos (RITFR)
Superior Tribunal de Justiça (STJ)
Supremo Tribunal Federal (STF)
Tribunal Federal de Recursos (TFR)
Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG)
Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS)
Tribunal Constitucional Federal (TCF)
Tribunal Superior Eleitoral (TSE)

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	MARCO TEÓRICO. O DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL. CONSTITUCIONALISMO, TEORIA DA INTERPRETAÇÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICAS EM MARCHA (LENTA, É VERDADE) PARA O RACIOCÍNIO COM PRECEDENTES	
2.1	“DA CORTE QUE DECLARA O ‘SENTIDO EXATO DA LEI’ PARA A CORTE QUE INSTITUI PRECEDENTES”: A MUDANÇA DE PARADIGMA. CPC/2015 E A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DAS CORTES SUPERIORES	21
2.1.1	Do impacto do constitucionalismo ao devido processo constitucional .	22
2.1.2	Do desenvolvimento da argumentação jurídica: os diferentes papéis dos fundamentos na decisão judicial de uma corte de precedentes à luz das teorias <i>standard</i> e retórica da argumentação jurídica	25
2.1.3	Da evolução da teoria da interpretação: do raciocínio jurídico com regras precisas e com aquelas de padrão vago (<i>standards</i>)	27
3	RACIOCINANDO COM “JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE”. O ATUAL ESTADO DA ARTE: “MONOCRATIZAÇÃO”, “EMENTIZAÇÃO”, PLENÁRIO VIRTUAL E DÉFICIT DE LEGITIMIDADE NO JULGAMENTO COLEGIADO	
3.1	INTRODUÇÃO. ANÁLISE PRELIMINAR DE DADOS ESTATÍSTICOS ..	32
3.2	“MONOCRATIZAÇÃO”: O “PRIMEIRO FILTRO” OU “QUEM NÃO TEM FILTRO POSITIVO, CAÇA COM DECISÃO MONOCRÁTICA”	39
3.3	“EMENTIZAÇÃO”: O “SEGUNDO FILTRO” OU “QUANDO A EMENTA-RABO BALANÇA O ACÓRDÃO-CACHORRO”	44
3.4	O PLENÁRIO VIRTUAL	45
3.5	O SINUOSO CAMINHO NORMATIVO DAS REGRAS PROCESSUAIS/PROCEDIMENTAIS E O DÉFICIT DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA PARA A SUA EDIÇÃO: UM EMARANHANDO ENTRE QUESTÕES DE ORDEM, PORTARIAS, RESOLUÇÕES, EMENDAS REGIMENTAIS E LEIS ORDINÁRIAS. E, AINDA, OS ENUNCIADOS ADMINISTRATIVOS	51
3.5.1	Os enunciados administrativos	52
4	RACIOCINANDO COM PRECEDENTES: COMO ENTENDER A FUNDAMENTAÇÃO DOS JULGADOS DAS CORTES SUPERIORES E REPLICÁ-LOS	
4.1	O PAPEL DA ANALOGIA NO ARGUMENTO JURÍDICO E A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DAS CORTES DE VÉRTICE	54
4.2	O RACIOCÍNIO POR PRECEDENTES E POR ANALOGIA NA <i>COMMON LAW</i> : A IMPORTÂNCIA DA DEFINIÇÃO DA QUESTÃO	55
4.3	SEGUINDO PRECEDENTES	57

4.4 CPC/2015 E MUDANÇA NA FUNÇÃO INSTITUCIONAL DAS CORTES SUPERIORES	61
4.5 A POSTURA INSTITUCIONAL DA CORTE SUPERIOR NO CONTROLE DA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL: JURISPRUDÊNCIA X PRECEDENTE	63
4.6 MOMENTOS E MODELOS DELIBERATIVOS	66
5 LIMITAÇÕES QUE OBSTACULIZAM O DESEMPENHO, PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DAS FUNÇÕES DE CORTE DE VÉRTICE	
5.1 LIMITAÇÕES INSTITUCIONAIS	
5.1.1 A importância do silêncio da corte	69
5.1.2 O fetiche do prequestionamento. A perda de uma chance de o STJ se afirmar como corte de precedentes com a interpretação conferida ao art. 1.025 do CPC/2015	70
5.1.3 A má compreensão do princípio do livre convencimento motivado	74
5.2 LIMITAÇÕES PROCEDIMENTAIS	
5.2.1 A ineficácia do filtro negativo e da técnica de julgamento repetitivo	76
5.2.2 A falta de filtro positivo em pleno funcionamento. O advento da EC n. 125/2022	79
5.2.2.1 A experiência do Supremo Tribunal Federal com a repercussão geral	82
5.2.3 O problema do sobrestamento: o efeito da transferência de acervo de processos entre instâncias julgadoras. O efeito paralisante do desenvolvimento do direito nas instâncias ordinárias	84
5.3 LIMITAÇÕES ORGÂNICAS	
5.3.1 O problema da divisão da competência interna: crítica aos julgamentos turmários e aos embargos de divergência	86
5.3.2 Julgamento personificado? A distribuição aleatória de recursos. O efeito da mudança na composição do colegiado na estabilidade dos entendimentos já firmados	88
6 AS LEIS DA DENSIDADE OU DA INTENSIDADE DO CONTROLE CONSTITUCIONAL. OS DIFERENTES NÍVEIS DE INTENSIDADE OU DE DENSIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NOS SISTEMAS JURÍDICOS ALEMÃO E NORTE-AMERICANO E A SUA APLICABILIDADE COMO SEGUNDO FILTRO PARA OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS <i>LATO SENSU</i>	
6.1 AS LEI DA DENSIDADE OU DA INTENSIDADE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	90
6.2 OS DIFERENTES NÍVEIS DE INTENSIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NOS SISTEMAS JURÍDICOS ALEMÃO E NORTE-AMERICANO	91
6.3 APLICABILIDADE DO CONTROLE DE INTENSIDADE DA JURISDIÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	98

7 UMA NOVA PROPOSTA DE MODELO DE JULGAMENTO COLEGIADO	
7.1 CORTES <i>ONLINE</i> E JUSTIÇA 4.0	101
7.2 FASE PRELIMINAR DE PROCESSAMENTO DA ARGUIÇÃO DE RELEVÂNCIA	
7.2.1 Fase preliminar de processamento da arguição de relevância perante o tribunal de segundo grau	104
7.2.1.1 “Fatiamento” e “pinçamento” das questões federais infraconstitucionais	107
7.2.2 Fase preliminar de processamento da arguição de relevância perante o tribunal superior	109
7.3 FASE DE PROCESSAMENTO DO RECURSO ESPECIAL PERANTE O STJ	
7.3.1 Fase preliminar	111
7.3.2 Fase pré-deliberativa	114
7.3.3 Fase deliberativa	114
CONCLUSÃO	117
REFERÊNCIAS	121

1 INTRODUÇÃO

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.

(Exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015)

Os dois parágrafos acima transcritos dão início à exposição de motivos do Novo Código de Processo Civil. Foram escritos em 2010. O Novo Código de Processo Civil (ou Código de Processo Civil de 2015 – CPC/2015) veio à lume pela Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015, e começou a vigorar a partir do ano seguinte, em 18 de março de 2016¹.

Apesar de correto o diagnóstico desses dois parágrafos introdutórios, no sentido de que um sistema processual ineficiente não atende aos reclamos de um Estado de Direito, pode-se dizer que muito pouco se avançou, sobretudo se considerarmos as aspirações do novo estatuto processual quanto à edição de precedentes pelas Cortes Superiores, notadamente o Superior Tribunal de Justiça (STJ), eixo deste estudo.

Nesse contexto, o tema pesquisado é o modelo de julgamento no Superior Tribunal de Justiça e a sua importância na formação do precedente. A partir do texto do CPC/2015, da teoria dos precedentes e da análise de dados disponíveis na página oficial do STJ na internet (em especial nos boletins estatísticos e na pesquisa de jurisprudência), procurar-se-á investigar em que medida a função precípua de corte de vértice tem sido desempenhada e como (ou não, ou quando não, ou por que não).

A despeito dessa aspiração para as Cortes Superiores, o texto aprovado do CPC/2015 somente menciona o termo “precedente” em apenas 4 (quatro) oportunidades². No entanto, não está contemplada, nessas referências, a plenitude da gestão dos precedentes, em qualquer de

¹ Conforme Enunciado Administrativo n. 1/STJ: “O Plenário do STJ, em sessão administrativa em que se interpretou o art. 1.045 do novo Código de Processo Civil, decidiu, por unanimidade, que o Código de Processo Civil aprovado pela Lei n. 13.105/2015, entrará em vigor no dia 18 de março de 2016”.

² Arts. 489, incisos V e VI; 926, § 2º, e 927, § 5º. Havia mais duas referências ao termo precedente, nos arts. 968, inciso IV, e 1.042, § 1º, inciso II, mas eles foram revogados pela Lei n. 13.256/2016, ainda no período de *vacatio legis* do CPC/2015.

suas dimensões (preparação, elaboração/formação, aplicação, alteração, superação), especialmente a partir de uma perspectiva de julgamento colegiado.

É de bom tom reconhecer, no entanto, que, a partir da promulgação do CPC/2015, pelo menos uma maior preocupação com a coerência³ dos julgados, tanto no sentido horizontal como vertical, foi estabelecida. Isso tem propiciado, no mínimo, uma melhor organização do sistema jurisprudencial. Com efeito, tem sido tarefa das próprias Cortes Supremas colmatar as lacunas de forma e de conteúdo para o desenvolvimento de uma cultura de precedentes⁴. É papel da doutrina e da academia⁵, por sua vez, subsidiar, estimular e porque não criticar os mecanismos e procedimentos que têm sido adotados para essa finalidade.

Nesse panorama, justifica-se a importância e atualidade do tema pesquisado, pois, malgrado a vocação institucional das Cortes Superiores à edição de precedentes, respaldada, pelo menos em tese, pelo novel diploma processual civil, não há instrumental adequado à sua concepção.

Mais que isso, ainda que superada essa lacuna de gênese, não se verifica, por via de regra, uma cultura jurídica de aceitação, respeito e replicação do entendimento firmado no precedente, seja pelos juízes ou pelos advogados, como instituto hábil à regulação de situações similares, com vistas à universalização daquela razão de decidir (*ratio decidendi*) como instrumento de promoção da igualdade substancial do cidadão perante o direito interpretado

³ No sentido empregado por Freire e Freire: “A coerência é uma relação entre ideias que estão de acordo entre si e que justifica o presente com base no passado. Um tribunal age coerentemente quando ele repete suas próprias decisões anteriores o mais fiel e precisamente possível. Isso, obviamente, traz segurança jurídica. Contudo, entendida em sentido estrito, a coerência pode exigir a continuidade de um erro, se a fidelidade for exagerada. Afinal, ser fiel ou manter decisões, mesmo que incorretas, pode ser uma estratégia política voltada à garantia de segurança jurídica.” **Elementos normativos para a compreensão do sistema de precedentes judiciais no processo civil brasileiro**. Revista dos Tribunais, v. 103, n. 950, dez/2014, p. 220-221.

⁴ Nesse propósito, confira-se ainda a redação do art. 104-A do Regimento Interno do STJ, acrescentada pela Emenda Regimental n. 24, de 28/9/2016: “Art. 104-A. Os acórdãos proferidos em julgamento de incidente de assunção de competência e de recursos especiais repetitivos deverão, nos termos do § 3º do art. 1.038, c/c art. 984, § 2º, do Código de Processo Civil, conter: I - os fundamentos relevantes da questão jurídica discutida, favoráveis ou contrários, entendidos esses como a conclusão dos argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, respectivamente, confirmar ou infirmar a conclusão adotada pelo órgão julgador; II - a definição dos fundamentos determinantes do julgado; III - a tese jurídica firmada pelo órgão julgador, em destaque; IV - a solução dada ao caso concreto pelo órgão julgador. § 1º Para definição dos fundamentos determinantes do julgado, o processo poderá ter etapas diferentes de deliberação, caso o órgão julgador, mesmo com votos convergentes, tenha adotado fundamentos diversos para a solução da causa. § 2º O Presidente do órgão julgador, identificando que o(s) fundamento(s) determinante(s) para o julgamento da causa não possui(em) a adesão da maioria dos votos dos Ministros, convocará, na mesma sessão de julgamento, nova etapa de deliberação, que contemplará apenas a definição do(s) fundamento(s) determinante(s).”

⁵ Para Daniela Marques de Moraes “[é] no seio das universidades e dos centros de pesquisa que se nutre a expectativa por rupturas e novas posturas. O fato de não haver vínculos formais entre os pesquisadores e os extratos do poder pode resultar em proposições [...]”, pois “[é] a interferência da sociedade civil, em espaços públicos, que participa e contribui para o movimento de construção de novos direitos [...] fora da estrutura jurídica formal, em que se procurará construir novos espaços de discussão e de proposição de medidas de transformação [...]”. **A importância do outro para a democratização do acesso à justiça**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2015, p. 225-226.

pela Corte Superior, além da promoção dos ideais de imparcialidade, coerência do direito e segurança jurídica (previsibilidade).

Nessa perspectiva, a compreensão do fenômeno pelo qual o Superior Tribunal de Justiça, na qualidade de Corte Superior vocacionada à edição de precedentes, não cumpre essa função de modo adequado e efetivo, frustrando, ou, no mínimo, atrasando a concretização de direitos fundamentais, como a igualdade, a liberdade, a propriedade, a duração razoável do processo, dentre outros, é aspecto central no desenvolvimento do estudo ora proposto.

Conquanto o CPC/2015 tenha procurado realçar a função do Superior Tribunal de Justiça como Corte de Vértice (ou de Precedentes), passados mais de 6 (seis) anos de sua vigência, parece que isso não se verificou.

O STJ vem, a cada ano, registrando um aumento significativo na quantidade de seus julgados⁶, sem que, contudo, isso represente incremento qualitativo nas suas decisões⁷, sobretudo no aspecto da argumentação jurídica utilizada na fundamentação dos acórdãos. Apesar dessa crescente “alta produtividade” quantitativa, não se vislumbra que esse volume de julgamentos venha a assegurar mais efetividade, ou seja, implementar segurança jurídica/previsibilidade nas questões submetidas ao seu crivo (aspecto qualitativo). Basta considerar que recursos especiais de idêntica natureza continuam a aportar naquele Tribunal, sem solução de continuidade.

A par disso, projeto de emenda constitucional que buscava instituir um filtro de relevância para as questões trazidas à apreciação do STJ pelos recursos especiais, o qual se encontrava em tramitação no Congresso Nacional desde 2012, somente foi aprovado recentemente (em 14/7/2022, enfim), com a promulgação, pelo Plenário do Congresso Nacional, da Emenda Constitucional n. 125/2022⁸, por intermédio da qual foram definidas 5 (cinco) hipóteses legais de relevância, acompanhadas da previsão de que outras poderão ser definidas em lei.

Não bastasse isso, recursos especiais contendo a mesma temática são distribuídos indistintamente entre ministros relatores nos órgãos fracionários de mesma competência horizontal (10 - dez - ministros para cada par de turmas julgadoras de direito público, de direito

⁶ Quantitativo de decisões terminativas proferidas: 390.052, em 2014; 461.490, em 2015; 470.222, em 2016; 490.473, em 2017; 524.801, em 2018; 543.381, em 2019; 503.699, em 2020; e, em 2021, 560.405 (fonte: Boletim Estatístico do STJ. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=371>; p. 25. Acesso em 8 jul. 2022).

⁷ E aqui podemos registrar que não há uma preocupação em estabelecer claramente os contornos fáticos da causa em julgamento (para que, uma vez definida a questão jurídica, recursos repetidos não voltassem a ocupar a pauta de julgamento das turmas e seções do tribunal), bem como a identificação dos fundamentos determinantes do acórdão (sejam eles convergentes, concorrentes ou dissidentes, para posterior apuração da *ratio decidendi*).

⁸ Conforme PECs n. 209/2012, 10/2017 e 39/2021 (Fase 2 – CD).

privado e de direito criminal), o que tem proporcionado julgamentos díspares tanto no que se refere ao juízo de conhecimento quanto de mérito.

Além disso, as divergências verificadas nos julgamentos das turmas dão ensejo a mais um recurso para a seção competente (embargos de divergência), o que tem atrasado ainda mais a entrega da prestação jurisdicional e, com isso, comprometendo a efetividade do sistema de justiça brasileiro.

Outro ponto que chama a atenção é o sobrestamento de todos os processos, inclusive em tramitação nas instâncias ordinárias, contendo o mesmo tema daquele que é afetado para julgamento sob o rito dos recursos especiais repetitivos. Essa providência tem impedido que os juízes naturais das causas verifiquem, a partir da realidade empírica de cada processo, quais seriam as razões de decidir mais adequadas a cada caso.

No que se refere ao rito de deliberação colegiada, temos a observar, mormente quanto aos critérios de distribuição, que os recursos especiais são distribuídos por sistema informatizado, aleatória e indistintamente, para cada um dos dez ministros que compõem a seção competente (de direito público, privado ou criminal), para processo e julgamento nas turmas.

Observa-se também que não há uma agenda para debate e definição da relevância dos temas colocados na pauta de julgamentos, pois os recursos são pautados por iniciativa do relator sorteado (isso se ele entender que o recurso ultrapassa o juízo de admissibilidade; caso contrário, o recurso é fulminado por decisão monocrática, independentemente de pauta).

A distribuição aleatória dos recursos dá margem a divergências tanto no âmbito do próprio órgão fracionário quanto no da seção especializada respectiva. O relatório, o exame das preliminares e do mérito, tudo é feito previamente pelo relator designado e apresentado aos demais pares do Colegiado até o dia marcado para julgamento do recurso (ou a sua afetação, no caso de representativo de controvérsia repetitiva). Até aí não há oportunidade oficial para participação ou interferência dos demais integrantes do Colegiado na condução do feito. Realizada a leitura do relatório e do voto pelo relator, o entendimento é geralmente acompanhado pelos pares julgadores.

Na confecção do acórdão e da certidão de julgamento respectiva, não há preocupação com a extração dos fundamentos jurídicos que levaram àquela conclusão⁹. Também não são anotados eventuais pontos de vista convergentes (mesma conclusão, mas mediante

⁹ Apesar de haver disposição regimental específica nesse sentido no art. 104-A do RISTJ (cf. nota de rodapé n. 4 *supra*).

fundamentação diversa) ou divergentes (conclusão diversa, seja pela mesma fundamentação, contraditada, ou por fundamentos diversos).

Quanto à utilização do recurso especial repetitivo, cabe dizer que todo pronunciamento da Corte é importante, e não só aquele que diga respeito a demandas de massa¹⁰. Ademais, compartilhada a competência para o enfrentamento das demandas repetitivas com os tribunais de segundo grau, mediante a instituição do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) (arts. 976 e ss. do CPC/2015), a pauta de julgamentos dessa natureza perante o Superior Tribunal de Justiça tende a diminuir, na medida em que, identificadas as causas repetitivas ainda na instância originária, deixarão de aportar inúmeros recursos especiais que ventilavam a mesma questão repetida.

Destaca-se, por fim, a má compreensão do princípio do livre convencimento motivado pelos juízes de primeiro grau e tribunais de apelação que se recusam a aplicar, em casos análogos, entendimento consolidado pelo STJ. Apesar da intencional não reprodução do texto do art. 131 do CPC/1973¹¹ no CPC/2015, ainda assim muitos juízes e desembargadores invocam, equivocadamente, o princípio do livre convencimento do juiz para continuar a contrariar posições consagradas no STJ e, com isso, enfraquecer o sistema judicial brasileiro, atrasando a efetivação de direitos fundamentais dos cidadãos.

Todas essas premissas (falta de filtro recursal positivo em pleno funcionamento, problemas na divisão da competência interna, sobrestamento de tramitação de processos, personificação dos julgamentos em detrimento do julgamento por fundamentos jurídicos resultado de adequada motivação colegiada, enfoque no julgamento de recursos especiais repetitivos e má compreensão do princípio do livre convencimento) serão objeto da investigação, mormente sobre o aspecto do processo de deliberação colegiada.

O procedimento de abordagem empreendido neste estudo está voltado, além da pesquisa bibliográfica, para a reunião e análise de dados coletados junto ao Superior Tribunal de Justiça,

¹⁰ Segundo Marinoni: “[...] o recurso repetitivo é uma técnica de concentração de julgamento de casos múltiplos, devendo ser vista de modo a propiciar a formação de precedente, isso não quer dizer que uma questão federal que não tenha relação com demandas de massa tenha importância menor. Como é óbvio, o recurso especial, no que toca à necessidade de definição da questão federal e de sua superposição em todo o país, obviamente não difere do recurso repetitivo. Esse se distingue por propiciar um precedente relacionado a vários casos. Porém, a atribuição definitiva do sentido do direito não tem relação de causa e efeito com múltiplos casos, mas com a orientação da sociedade e com a coerência do direito aplicado no território nacional. Na verdade, imaginar que a Corte pode decidir independentemente do interesse dos litigantes apenas em se tratando de recurso repetitivo é equivocadamente supor que esse recurso é o único apto à elaboração de precedentes, quando ele nada mais é do que uma técnica para a elaboração de uma modalidade de precedente, relacionada a casos que, em determinado período histórico, multiplicam-se ou se repetem.” **O STJ enquanto corte de precedentes [...]**. 2.ed. São Paulo: RT, 2014, p.187.

¹¹ “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

promovendo-se uma comparação quantitativa entre o número de casos julgados nos 6 (seis) anos que antecederam a entrada em vigor do CPC/2015 (2010/2015) em relação aos 6 (seis) anos posteriores a esse marco temporal (2016/2021), sejam eles oriundos de procedimentos colegiados ou monocráticos.

Foram utilizados especialmente os dados contidos no boletim estatístico disponibilizado por esse Tribunal Superior¹². Dele foram extraídos, por exemplo, os dados oficiais referentes ao número de processos registrados e distribuídos, número de processos julgados e baixados, número de decisões terminativas (colegiadas e monocráticas), número de processos julgados nos órgãos fracionários, recursos repetitivos e acervo processual.

Buscou-se, ainda, junto aos sítios eletrônicos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), do Supremo Tribunal Federal (STF) e dos Tribunais de Justiça e Regionais Federais¹³, dados para dimensionar o número de processos sobrestados na origem em função do julgamento de casos repetitivos (sejam eles oriundos de IRDRs ou de recursos especiais ou extraordinários repetitivos).

Deve ser ressaltado, ainda sob o aspecto metodológico, que o estudo se propõe a analisar a competência recursal extraordinária cível do STJ, não se ocupando de ações originárias ou recursos de natureza penal (ações penais originárias, *habeas corpus* e recurso ordinário em *habeas corpus*) e de feitos de outra natureza, conforme observado por Falcão, Cerdeira e Arguelhes¹⁴, em relação ao STF (o múltiplo Supremo: corte constitucional, ordinária e recursal), aqui aplicado no que compatível.

A partir do referencial teórico escolhido, perpassando pela análise dos dados (e metadados) acima proposta, pretende-se verificar as seguintes hipóteses/interpretações:

- (i) a necessidade premente de instituição e pleno funcionamento do filtro recursal positivo como condição para que o STJ possa desenvolver a função de corte de precedentes;
- (ii) o rearranjo do desenho institucional, com especial atenção na divisão da competência interna e no modelo de julgamento colegiado, de modo que todo o grupo de

¹² Disponível em: <https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/?vPortalAreaPai=183&vPortalArea=584>. Acesso em 16 ago. 2021.

¹³ O CNJ disponibiliza um portal de consultas muito interessante, denominado “Justiça em números”, indicado como a “principal fonte das estatísticas oficiais do Poder Judiciário”. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensoc.htm?document=qvw_1%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shIGLMapa. Relativamente a este estudo, mais especificamente, foram realizadas diversas consultas na aba “demandas repetitivas”, que pode ser acessada pelo sítio eletrônico a seguir: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensoc.htm?document=qvw_1%5Cpainelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shIGLMapa

¹⁴ FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego. Werneck. **Relatório Supremo em números: O múltiplo Supremo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 262, p. 399-452, jan./abr. 2013.

ministros do STJ competentes para o julgamento de determinada matéria, faça-o, de forma efetivamente colegiada, por temas, na mesma oportunidade, para que desse julgamento possam ser extraídas as razões de decidir, elaboradas a partir de fundamentação jurídica adequada, com vistas à formação de precedente;

(iii) o fim do sobrestamento do trâmite de processos nas instâncias ordinárias, o que tem “engessado” o sistema e impedido que juízes de primeiro grau e tribunais de apelação possam contribuir para ampliar o debate da questão jurídica contida no tema afetado. Quer-se dizer, o fato de a questão ser decidida *a priori* pelo Tribunal Superior, “de cima para baixo”, sem que o debate jurídico tenha amadurecido no seio da comunidade jurídica, não é garantia de bom julgamento que venha a propiciar segurança jurídica. Ao revés, pontos importantes que poderiam ser considerados, inclusive a partir dos contrastes regionais que um país de dimensões continentais como o Brasil oferece, passariam despercebidos pelos ministros do STJ, e

(iv) a alteração do rito de julgamento dos recursos especiais, desde o encaminhamento, a escolha e a distribuição dos temas relevantes, posterior inclusão em pauta (mediante discussão prévia e definição dos temas a serem enfrentados pelo Colegiado), bem como a sua preparação cuidadosa para efetivo julgamento de mérito, com a previsão de sustentações orais prévias e ulterior deliberação, em que seja realizada a adequada extração dos fundamentos jurídicos dos acórdãos dos seus julgamentos, com vistas à elaboração de precedentes, bem como a manutenção da integridade e coerência dos julgados da Corte.

Para tanto, no Capítulo 2, finca-se o marco teórico da pesquisa: com Marinoni, a passagem das cortes de revisão às cortes que instituem precedentes; com Mendes, o papel deliberativo da corte superior. Procura-se demonstrar a importância do devido processo constitucional nessa metamorfose. Explicam-se as diferenças básicas do raciocínio jurídico com regras precisas e com aquelas de padrão vago (*standards*), aspecto central para a análise do pensamento desenvolvido em uma e outra corte, isto é, da revisão ao precedente.

No Capítulo 3, aprofunda-se um pouco mais no exame do raciocínio do STJ como corte superior de revisão, o qual vem se desenvolvendo a partir da jurisprudência dominante. Busca-se compreender o fenômeno pelo qual o debate colegiado, essencial para a formação do precedente, não evoluiu, mesmo com a vigência do CPC/2015.

No Capítulo 4, divisa-se o raciocínio com precedentes, típico das cortes de interpretação, destacando-se a importância da definição da questão e do uso da analogia no argumento jurídico para seguir precedentes. Realça-se a mutação da função das cortes superiores e a importância da mudança de postura institucional para promover essa conversão.

No Capítulo 5, enumeram-se limitações que obstaculizam o desempenho, pelo STJ, das funções de corte de vértice.

No Capítulo 6, apresentam-se as leis da densidade ou da intensidade do controle constitucional, marcando os seus diferentes níveis nos sistemas jurídicos alemão e norte-americano para, ao final, admitir a sua aplicabilidade no Brasil.

No Capítulo 7, elabora-se uma nova proposta de julgamento colegiado, com ênfase em mais uma fase preparatória que sugere o exame destacado da preliminar de relevância realizado com o apoio de sistema informatizado e, ainda, na melhor preparação do julgamento de mérito com vistas à obtenção de maior participação colegiada na busca de melhores resultados deliberativos na formação do precedente.

Por fim, a conclusão do estudo traz o resumo dos seus principais argumentos e a exposição dos resultados alcançados.

2 MARCO TEÓRICO. O DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL. CONSTITUCIONALISMO, TEORIA DA INTERPRETAÇÃO E DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICAS EM MARCHA (LENTA, É VERDADE) PARA O RACIOCÍNIO COM PRECEDENTES

2.1 DA CORTE QUE DECLARA O “SENTIDO EXATO DA LEI” PARA A CORTE QUE INSTITUI PRECEDENTES: A MUDANÇA DE PARADIGMA. CPC/2015 E A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DAS CORTES SUPERIORES

A inquietação que toma corpo nesta pesquisa teve inspiração na leitura do artigo intitulado “*Da Corte que declara o ‘sentido exato da lei’ para a Corte que institui precedentes*”¹⁵, no qual Marinoni destaca que não há mais como pensar as cortes supremas como cortes de correção (na concepção idealizada por Calamandrei, de tutela da lei e garantia de interpretação uniforme, mediante a individualização, pelo juiz, da norma abstrata em face do caso concreto, na qual se faz operar a “*vontade do legislador*”).

Segundo o mencionado artigo,

[d]iante do impacto do constitucionalismo, da evolução da teoria da interpretação e do desenvolvimento da argumentação jurídica não há como não ver que as Cortes Supremas deixaram de ter a função de declarar o exato sentido da lei para garantir uma ilusória uniformidade interpretativa e passaram a ter a missão de atribuir sentido ao direito mediante a apresentação de “razões racionais convincentes”¹⁶.

A partir desse marco teórico¹⁷, desenvolveu-se o estudo ora apresentado, no qual se procurou compreender os motivos pelos quais o STJ ainda não tem avançado, com o modelo de julgamento utilizado pós CPC/2015, para se afirmar como Corte de Precedentes.

De igual modo, levou-se em conta o estudo de Mendes¹⁸, transpondo suas observações quanto ao modelo de julgamento “colegiado” utilizado pelo STF para o STJ, segundo o qual¹⁹,

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Da Corte que declara o ‘sentido exato da lei’ para a Corte que institui precedentes**. São Paulo: RT, v. 103, n. 950, dez/2014.

¹⁶ *Idem*. p. 167.

¹⁷ A obra de Marinoni é, sem dúvida, fonte de importantes reflexões acerca do tema das Cortes Superiores e dos precedentes. Desde o seu “*Precedentes Obrigatórios*” (2010), passando pelos títulos “*O STJ enquanto Corte de Precedentes*” (2013) e “*O julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante do novo CPC*” (2015), sua doutrina sobre a função das Cortes Superiores vem sendo refinada e aprimorada, demonstrando a disrupção verificada entre o modelo encontrado (Corte de Correção) e aquele que deveria ser o modelo ideal (Corte de Vértice que, em colaboração ao Poder Legislativo, participa na atribuição de sentido ao direito). Também acerca do assunto, vale conferir, de Daniel Mitidiero: “*Cortes Superiores e Cortes Supremas*” (2013) e “*Precedentes: da persuasão à vinculação*” (2015).

¹⁸ Conrado Hübner Mendes. **O projeto de uma corte deliberativa**. São Paulo: Sbdp/Malheiros Editores, 2012.

¹⁹ *Idem*. p. 69.

Deveria preocupar aos observadores da jurisdição constitucional brasileira não somente o que o STF decide (ou o significado que dá ao texto constitucional em cada caso concreto), mas também como ele decide. Na medida em que nos omitimos ou falhamos em fazer essa pergunta, deixamos o STF imune ao acompanhamento crítico de seu estilo decisório. Abrimos mão, assim, da possibilidade de interpelá-lo pelos seus eventuais vícios e de ajudá-lo a reconhecê-los.

Fixadas essas premissas (com Marinoni, de que a função da corte de vértice deveria ser precipuamente de interpretação; e, com Mendes, de que essa deliberação deveria ser efetivamente colegiada), pergunta-se: o advento do CPC/2015, que levanta o precedente como uma de suas bandeiras, conseguiu promover a transposição do paradigma revisional/de cassação para o patamar colegiado de interpretação?

2.1.1 Do impacto do constitucionalismo ao devido processo constitucional

O constitucionalismo impactou muito a função das cortes superiores principalmente em três aspectos: (i) posituação dos direitos fundamentais: a declaração escrita de uma carta de direitos resguardando as liberdades individuais (ii) supremacia da constituição: aferível mediante controle de constitucionalidade (*judicial review*), muitas vezes adotando a carta de direitos do item anterior como parâmetro (*Paramount Law*) e (iii) a universalidade da constituição, como mecanismo de controle da política (autocontenção do poder dos governantes) e pressuposto para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito moderno.

Democracia, por sua vez, é a observância das “regras do jogo”, sem que, contudo, isso seja garantia de bons resultados. É o governo da maioria, que não deve negligenciar o resguardo dos direitos fundamentais das minorias.

Num mundo ideal, os Poderes Legislativo e Judiciário deveriam concorrer de forma coordenada e harmônica para a consecução do bem comum, sem se descurar da promoção e da proteção dos direitos fundamentais.

No plano empírico, porém, tem lugar a máxima de Montesquieu, segundo a qual, “todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites”²⁰.

Em última análise, então, o que se verifica é uma disputa de poder que se materializa em qual fonte do direito deve prevalecer, a lei ou o precedente, isto é, quem dará a última palavra na resolução das disputas políticas e sociais institucionalizadas, o Poder Legislativo ou o Poder Judiciário.

²⁰ MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes. 2000, p. 166.

Esse assunto ganhou tamanha dimensão que voltou a tramitar projeto de lei apresentado em 2016 (que estava arquivado desde 2018) que tipifica as condutas dos ministros do STF de “usurpar competências do Poder Legislativo ou do Poder Executivo” como crimes de responsabilidade, sob a justificativa de barrar o “ativismo judicial”, podendo, inclusive, conduzir ao *impeachment* dessas autoridades judiciárias.²¹

Estabelece-se, assim, um feixe de tensão constante entre democracia (governo da maioria) e constitucionalismo (sobretudo na acepção contramajoritária), em que se faz necessária a fixação de critérios de atuação transparentes, filtros e estruturas racionais, a fim de se evitar esse dilema em que excessos e abusos de ambos os lados (ampla discricionariedade do legislador ou intenso controle judicial) são de todo indesejáveis²².

Diante da importância de se tutelar a constituição²³, a ideia de um código de processo constitucional que reunisse e disciplinasse conjuntamente os procedimentos que lhe assegurassem a salvaguarda foi defendida por Paulo Bonavides (1925-2020), grande jurista, cientista político, jornalista e professor.

Em artigo seminal²⁴, escrito conjuntamente com Paulo Lopo Saraiva, Bonavides defendeu a unificação das leis esparsas sobre processo constitucional em uma codificação específica, a exemplo do que já havia sido feito no Peru.

Tempos depois, aos 23/9/2015, o Conselho Federal da OAB autuou processo administrativo para a apreciação de anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Constitucional, elaborado por uma comissão de juristas presidida por Bonavides (Processo n. 49.0000.2015.009467-9/Conselho Pleno).

²¹ PL nº 4.754/2016: o parecer favorável ao projeto foi derrotado por uma maioria apertada de votos dos integrantes da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) - da Câmara dos Deputados (33 x 32). Novo parecer pela rejeição do projeto de lei será apresentado e a matéria deverá ir à votação do plenário daquela casa legislativa em breve. Entrementes, a ele foi apensado o PL n. 1.932/2022, que acrescenta parágrafo único ao art. 39 da Lei de Responsabilidade (Lei n. 1.079/1950) para, segundo a proposta, equalizar as condutas que configuram crime de responsabilidade do Presidente da República também aos ministros do Supremo Tribunal Federal. Tramitação desse último projeto disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2331676>. Acesso em 2 set. 2022.

²² A esse respeito, Marinoni propõe sofisticada proposta de abordagem para o rearranjo dos desacordos morais da sociedade entre os poderes constituídos e a necessidade de permanente diálogo institucional com vistas ao aprimoramento da tutela constitucional (**Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021).

²³ Conforme Daniel Mitidiero. **Processo Constitucional [...]**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2022, p. RB-3.5.

²⁴ Proposta: Código de Processo Constitucional. **Folha de São Paulo**, São Paulo, ano 89, n. 29.502, 10 jan. 2010. Opinião, p. A-3.

Dessa inspiração, sucedeu a instituição de uma nova comissão de juristas, pela Câmara dos Deputados, destinada à elaboração de um anteprojeto de lei que venha a sistematizar as normas de processo constitucional brasileiro²⁵.

O ato que criou o grupo, além de destacar “[...] a importância de se conferir uniformidade e atualização das legislações aplicáveis à evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria”, consignou expressamente²⁶

[...] a necessidade de consolidação, sistematização e harmonização do regime jurídico aplicável ao processamento e ao julgamento das ações de controle abstrato de constitucionalidade, das reclamações constitucionais, do mandado de segurança, do habeas data, do mandado de injunção, e dos recursos extraordinários.

Como se observa, foi providenciada a inclusão da disciplina dos recursos extraordinários *lato sensu* (especial e extraordinário) na pauta da comissão de juristas instituída pela Câmara dos Deputados, corrigindo omissão do anteprojeto apresentado perante o Conselho Federal da OAB a esse respeito.

Nada mais justo, considerando a matriz constitucional dos recursos extraordinários *lato sensu*, bem como a sua importantíssima missão na federação, sobretudo a brasileira em que preponderam vetores de força centrípeta, legitimando a atuação do órgão de poder central para a promoção da igualdade, inclusive fomentando a correção de situações oriundas das desigualdades regionais.

Por conseguinte, os institutos da repercussão geral da questão constitucional e da relevância da questão federal infraconstitucional também deverão compor esse novel estatuto e, por que não, até mesmo a regulamentação do próprio julgamento colegiado perante as cortes supremas poderia ganhar espaço nesse ambiente normativo, corroborando, assim, a sua afirmação como cortes de interpretação.

Nessa perspectiva, outro aspecto que também poderia ser incluído na agenda da comissão de juristas é o debate acerca dos diferentes níveis de intensidade (*standards of review*, do direito norte-americano) ou de densidade (*Kontrolldichten*, do direito alemão) da jurisdição constitucional (também aplicável, segundo defendemos, à jurisdição do STJ), que funcionaria como uma espécie de segundo filtro a ser avaliado após o reconhecimento da repercussão geral ou da relevância, definindo-se a calibragem da intervenção jurisdicional da Corte Superior a ser

²⁵ O professor Marinoni integra a referida comissão e fez publicar, recentemente, obra muito densa e completa a respeito do processo constitucional brasileiro (cf. 20: **Processo Constitucional e Democracia**. São Paulo, Thompson Reuters Brasil, 2021), da qual destacaríamos, em especial, o capítulo sobre de quem seria a competência para dar a última palavra quanto à interpretação da constituição (Parte I, Capítulo VII).

²⁶ Ato do presidente da Câmara dos Deputados, de 24/11/2020 (DOU de 25/11/2020).

empreendida, de forma intensa, moderada ou mínima, tema que será abordado com mais profundidade no Capítulo 6 *infra*.

2.1.2 Do desenvolvimento da argumentação jurídica: os diferentes papéis dos fundamentos na decisão judicial de uma corte de precedentes à luz das teorias *standard* e retórica da argumentação jurídica

Cabe o registro ainda inicial de que não se desconhece a existência de duas grandes concepções teóricas da argumentação jurídica, teoria *standard* e teoria retórica, que permeiam a análise e/ou a avaliação da fundamentação das decisões judiciais, no sentido de saber se estamos a observar modelos jurídicos de práticas argumentativas (numa visão do Direito que pretende uma certa racionalidade) ou se estamos a tratar de práticas puramente retóricas do exercício desse poder (numa visão mais cética).

O exame do mesmo julgado, sob a perspectiva de lentes teóricas distintas, pode revelar (ou ocultar) pontos de vista também diferentes e isso não deve ser motivo de melindre para o pesquisador ou cientista social que pretende investigar a fundamentação de uma decisão ou de um acórdão, seja para perceber o que ela mostra (às vezes, escondendo), seja para perceber o que ela omite (às vezes, justificando).

Sob essa perspectiva, este tópico tem o objetivo de analisar os diferentes papéis desempenhados pelos elementos *ratio decidendi* e *obiter dictum*²⁷, contidos na fundamentação de uma corte de precedentes, a depender da teoria de argumentação escolhida.

Para tanto, levaremos em conta as lições de Roesler, quando propõe uma distinção metodológica para essas duas orientações teóricas²⁸, ao utilizar a metáfora de um complexo jogo de luz e sombra para esclarecer que os modelos teóricos não explicam tudo: ora iluminam, ora escondem inovação e continuidade numa determinada cultura jurídica, pela qual os juristas compreendem o que é Direito e de onde nascem os direitos.

A autora destaca que a teoria *standard* está baseada em uma teoria forte de racionalidade, discursiva e procedimental, capaz de atribuir força aos discursos feitos de acordo

²⁷ MITIDIERO (Cortes Superiores [...]. 2017, p. 128) assim faz a distinção entre *ratio decidendi* de *obiter dictum*: “Se a *ratio decidendi* pode ser conceituada como uma razão para a decisão (Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 67), o *obiter dictum* pode ser como aquilo que não integra o rol das razões necessárias e suficientes para tanto. *Obiter dictum*, portanto, é tudo aquilo que é dito de passagem, dito pelo caminho, mas que não integra propriamente a razão para a decisão (Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 68). Não integrando a *ratio*, o *obiter dictum* não tem força vinculante.”

²⁸ ROESLER, Cláudia. **A análise da argumentação judicial em perspectiva crítica: o que fazemos quando analisamos decisões judiciais?** Curitiba: Alteridade, 2018.

com as regras de uma prática²⁹. Essa teoria supõe o Direito como prática social, desenvolvida por sujeitos sociais que consideram relevante viver de acordo com certos parâmetros morais e políticos³⁰.

Em contraponto, salienta que a teoria retórica é muito mais cética e preocupada com a dimensão estratégico-retórica do discurso jurídico³¹. Seu objetivo central é compreender como a prática jurídica constrói uma realidade simbólica com linguística própria em que são disputadas pretensões de construção de sentido e de poder por intermédio da persuasão nos discursos, mais do que de racionalidade. Trata-se de teoria fortemente descritiva em que a racionalidade é negada ou simplesmente deslocada a um ponto periférico (ceticismo valorativo forte). Por intermédio dela não se busca avaliar as decisões, os discursos ou a prática jurídica. Daí que a sua crítica está voltada apenas para o sentido de apontar estruturas, sem pretensão de oferecer modelos para a sua melhoria³².

Para Marinoni, no sistema judiciário brasileiro, a missão das Cortes Superiores de instituir precedentes se desenvolve a partir da fundamentação racional dos acórdãos compartilhada pela maioria dos integrantes do colegiado competente (*ratio decidendi*), pensamento que estaria contido numa estrutura argumentativa de discurso judicial justificatório acionada pela teoria *standard*.

Secundando Alexy e MacCormick, os dois grandes teóricos da argumentação jurídica *standard*³³, Marinoni propõe um modelo de julgamento inspirado em valores morais e políticos elevados que devem permear uma sociedade igualitária (numa perspectiva deontológica, de “dever ser” de uma corte suprema ou de vértice).

Porém, ao considerarmos a distinção entre as teorias da argumentação jurídica descrita por Roesler, percebemos que o fundamento estabelecido como *obiter dictum*, porventura também contido nessa mesma fundamentação apresenta carga persuasiva que é tanto ou até mais relevante para a teoria retórica, porque vem a reforçar a estrutura argumentativa composta pelo fundamento tido como *ratio decidendi*. A teoria retórica, assim, não faz distinção de peso entre fundamentos, apenas os identifica (aponta as estruturas, sem a pretensão de avaliá-las sob qualquer dimensão corretiva).

²⁹ *Idem.* p. 30.

³⁰ *Ibidem.* p. 31.

³¹ *Op. cit.* p. 32.

³² *Op. cit.* p. 33-34.

³³ Conforme Cláudia Toledo, em nota introdutória à 5ª. ed. da obra **Teoria da Argumentação Jurídica** de Robert Alexy. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Roesler, dessa forma, chama a atenção para outro aspecto, também importante, que é o uso estratégico da argumentação e, por conseguinte, da jurisdição, para a obtenção de resultados também estratégicos no exercício da prática judiciária (que, inclusive, pode estar relacionado não só com ganhar a demanda, mas também com retardar o trâmite processual, por exemplo, e, com isso, atrasar, estrategicamente, a efetivação de direitos da contraparte).

Enfim, a reflexão que se propõe é a de que, além do contexto de racionalidade proposto pela argumentação jurídica tradicional, padrão ou *standard*, há também outro grande universo teórico representado pelas teorias cético-retóricas, que levam em conta todos os elementos persuasivos capazes de formar o convencimento de um certo público (auditório), inclusive os fundamentos denominados *obiter dicta*.

Essa diferenciação pode nos ajudar a compreender um pouco por que o CPC/2015 parece não ter deslanchado como catalisador de precedentes, na medida em que não há preocupação em delimitá-la, com vistas a conferir racionalidade à fundamentação e, por conseguinte, balizar a *ratio decidendi*, a partir da elaboração de uma justificativa compartilhada majoritariamente pelo colegiado, apresentando-se qualquer fundamento que a ela poderia servir, ou não, influenciar no resultado final ou mesmo vir a ser invocado como razão determinante para o julgamento da causa ou de outro caso futuro.

2.1.3 Da evolução da teoria da interpretação: do raciocínio jurídico com regras precisas e com aquelas de padrão vago (*standards*)

De acordo com Schauer³⁴, cada regra tem uma justificativa de fundo – às vezes chamada de fundamento lógico –, que é o objetivo para o qual a regra foi projetada. Na prática, os fundamentos abstratos ou justificativas de fundo são tipicamente reduzidos a regras concretas. Assim, é a manifestação concreta de uma regra, e não a justificativa abstrata por trás dela, que normalmente representa o que a lei exige.

O autor destaca que os conflitos decorrentes do resultado do texto da regra e o resultado da lógica por trás da sua justificativa sempre geram conflitos interpretativos que acabam desembocando no Judiciário.

Nesse contexto, o atributo de generalidade das regras, apesar de elas conterem comandos específicos, acaba causando o fenômeno da “superinclusão” ou “sobreinclusão” (espectro mais amplo: a generalidade da lei alcança aspectos que a aplicação direta da

³⁴ SCHAUER, Frederick. **Thinking like a Lawyer**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2012, p. 13-18.

justificativa de fundo não abrangeria) e o da “subinclusão” (quando a generalidade da lei falha em alcançar instâncias que a aplicação direta da justificativa de fundo abrangeria).

Valendo-se da distinção feita por Hart, entre o centro claro de uma regra (núcleo) e as suas bordas (ou franjas) discutíveis (penumbra), Schauer esclarece que os casos fáceis que demandam aplicação direta de regras jurídicas raramente são contestados, de modo que a gama de disputas que chegam ao tribunal representa uma amostra distorcida de eventos jurídicos (efeito de seleção), por meio da qual os casos que acabam nos tribunais são apenas – ou quase apenas – aqueles em que duas partes opostas, mantendo opiniões mutuamente exclusivas a respeito de alguma questão jurídica (argumentos jurídicos plausíveis) que se encontra nas bordas da norma pertinente (zona de penumbra), acreditando, ambos, ter chance razoável de vencer a causa³⁵.

É certo que a função eticizante da lei, pelo simples fato de a regra existir, já resolve a maioria dos problemas sociais (a exemplo dos condutores de veículos que observam a placa de velocidade máxima permitida de 60 km/h e a respeitam). Porém, as indagações decorrentes do “efeito de seleção” e dos fenômenos de “superinclusão” e “subinclusão” levam a questionamentos judiciais que, apesar de excepcionais, movimentam todo o aparato judicial para a solução desses conflitos que acabam por desenvolver o direito naquilo que Hart chamou de penumbra.

Quanto mais específico é o comando das regras, mais limitado é o conjunto das razões práticas subjacentes relevantes para revisão judicial, pois a escolha dentro de um universo de todas as razões (inclusive morais) já foi sopesada pelo legislador. Assim, a resposta a ser proferida pelo juiz já estará mais restrita por uma série dessas amarras, que, em boa medida, reduzem a complexidade do debate jurídico na tomada da decisão judicial.

Marcondes e Struchiner³⁶ corroboram essa ideia: “Uma regra cerceia e delimita a quantidade de fatores a serem analisados por quem toma decisões, assim como o direito delimita aquelas normas que efetivamente devem informar as decisões jurídicas.”

O formalismo da lei (levar as regras a sério, diria Schauer) promove um grupo de importantes valores ao Estado de Direito, a exemplo da previsibilidade (nela inserida o receio de se conceder discricção irrestrita aos tomadores de decisão individuais em aspectos que o sistema jurídico de antemão considerou importante definir) e da isonomia³⁷.

³⁵ *Idem*. Frederick Schauer. **Thinking [...]**. 2012, p. 22.

³⁶ MARCONDES, Danilo; STRUCHINER, Noel. **Textos básicos de filosofia do direito: de Platão a Frederick Schauer**. Rio de Janeiro: Zahar, 2015, p. 166.

³⁷ A propósito, citando o próprio Schauer, mais adiante, Marcondes e Struchiner (*idem*, p. 173) justificam: “[...] a escolha da tomada de decisão baseada em regras normalmente acarreta a incapacitação de decisores sábios e

De vez em quando, porém, observa Schauer, a aplicação da linguagem literal de uma regra irá produzir um resultado que é absurdo, ridículo ou, pelo menos, em desacordo com o propósito principal por trás da regra. E, mesmo em casos menos extremos, seguir a linguagem literal de uma regra indicará ainda mais frequentemente um resultado que é bobo, ineficiente ou, de alguma outra forma, decidido com resultado subótimo.

Em tom quase coloquial, Schauer consegue abordar profundamente questões jurídicas densas como a diferenciação de graus entre regras precisas e aquelas de padrões vagos (*standards*)³⁸.

No que tange a esse aspecto, o autor ensina que³⁹:

A diferença entre o primeiro conjunto de disposições e o último deve ser óbvia. O primeiro grupo, incluindo linguagem como “melhores interesses” e “irracional”, é amplo, vago, geral e impreciso. O segundo grupo, [...] é detalhado, específico, concreto e determinante. Convencionalmente, a diferença entre os dois grupos é descrita como uma diferença entre regras precisas, como “mais de 20”, e padrões vagos, como “irracional”. A distinção entre regras e padrões aparece em todos os lugares, e nenhuma discussão sobre o raciocínio legal estaria completa sem uma consideração cuidadosa desta distinção centralmente importante. Embora as regras como as estabelecidas acima sejam altamente precisas, e embora as normas apenas descritas sejam vagas no extremo, a diferença entre regras e padrões é na verdade uma questão de grau. Ou, para ser diferente, o extremo da imprecisão — “os melhores interesses da criança” ou “irracional” — está próximo da imprecisão/padrões finais de um espectro, e o extremo da precisão — “duas testemunhas”, “papel branco não maior que 8 1/2 x 11 polegadas de tamanho”— está perto do fim da precisão/regras. (tradução nossa)

Ele compreende que, dentro de um espectro de vagueza e imprecisão, nenhuma decisão seria legalmente incorreta (critério de discricção ou de discricionarietà). De outro lado, o uso de diretivas no final da escala de regras pode ser entendido como um dispositivo para restringir ou retirar essa discricionarietà (v.g. o limite de velocidade em 60 km/h).

sensíveis em tomarem as melhores decisões, a fim de impedir que decisores incompetentes ou simplesmente mal-intencionados tomem decisões erradas”. Com isso, a médio e longo prazo, preserva-se a igualdade, corrigindo-se as distorções porventura existentes (*defeasible*).

³⁸ *Ibidem*. Frederick Schauer. **Thinking [...]**. 2012, p. 189.

³⁹ *Op. cit.* p. 189, do original: “The difference between the former set of provisions and the latter should be obvious. The first group, including language such as “best interests” and “unreasonable,” is broad, vague, general, and imprecise. The second group, with its use of terms like ‘more than 20’ and ‘unglazed, white paper,’ is detailed, specific, concrete, and determinate. Conventionally, the difference between the two groups is described as a difference between precise rules, such as ‘more than 20,’ and vague standards, such as ‘unreasonable.’ The distinction between rules and standards appears everywhere, and no discussion of legal reasoning would be complete without a careful consideration of this centrally important distinction. Although rules such as the ones set out above are highly precise, and although the standards just described are vague in the extreme, the difference between rules and standards is actually a matter of degree. Or, to put it differently, the extreme of vagueness — ‘the best interests of the child’ or ‘unreasonable’ — is close to the vagueness/standards end of a spectrum, and the extreme of precision — ‘two witnesses,’ ‘white paper no larger than 8 1/2 x 11 inches in size’ — is close to the precision/rules end.”

O excesso de discricção pode dar margem à falta de previsibilidade, o que não se verifica com a definição de uma regra precisa, a qual dará muito mais informações acerca das prováveis consequências da ação. Desse modo, o uso de diretivas para o fim da escala das regras afasta a possibilidade de julgamentos individualizados para cada caso (o que poderia resultar em muitos erros inaceitáveis); o uso de diretrizes mais vagas nas normas, ao contrário, refletirá um julgamento em que a determinação individualizada do caso é mais importante. Todavia, ele pontua que não há estratégia melhor em todos os contextos (determinação contextual).

Em resumo, Schauer considera as regras como comandos específicos e as de padrões vagos (*standards*) como espécies do mesmo gênero, porém dispostas numa escala que as contém em dois extremos opostos com uma margem de indeterminação crescente em sua extensão. Importante registrar aqui que, para Schauer, essas regras estão todas escalonadas em graus, não se apresentando como categorias jurídicas distintas.

Schauer⁴⁰ também faz uma correlação interessante entre essas duas categorias e o tempo da tomada de decisão (presente certo e futuro incerto), destacando como o contínuo das normas é uma ferramenta valiosa para alocar autoridade entre os tomadores de decisão, entre as decisões presentes/futuras, entre previsibilidade/justiça individualizada do caso, o que ele define como um dos dispositivos mais importantes do projeto institucional legal e regulatório.

No tocante à relação entre amplitude e imprecisão (em grande parte uma questão sobre o quanto os tribunais ou legisladores devem fazer quando eles estão decidindo um caso ou estabelecendo uma regra), o autor afirma que ela tem pouco a ver com a escala de preciso e vago (em grande parte uma questão de discricção), pois categorias amplas (como a dos insetos) podem ser extremamente precisas e categorias estreitas podem ser vagas.

Nesse contexto, é a crescente capacidade de capturar, processar e disseminar a informação judicial, por intermédio do que Susskind chamou de subestrutura da informação⁴¹, que vai nos permitir avançar a outro patamar comunicativo, em que a informação de como as questões jurídicas estão sendo discutidas e definidas pelo Poder Judiciário, em quaisquer dos seus graus, estará disponível quase que instantaneamente.

Assim, a partir de uma linha arbitrária traçada pelo legislador (v.g. 60 km/h como limite de velocidade; 18 anos de idade para a maioridade civil; boa-fé contratual; probidade administrativa), o Judiciário, sob o efeito de seleção, vai colmatando as brechas, alisando as franjas, jogando luzes na penumbra, a partir da riqueza de casos que a vida vai oferecer, como a musculatura que se acopla ao esqueleto.

⁴⁰ *Op. cit.* Frederick Schauer. **Thinking [...]**. 2012. p. 195-196.

⁴¹ SUSSKIND, Richard. **Online courts and the future of justice**. Nova Iorque: Oxford. 2019, p. 42.

Dessa forma, tornar-se-ão mais perceptíveis os casos em que se tornará necessária a intervenção das Cortes Superiores para superar algum ponto obscuro ou divergente na interpretação da lei para os casos concretos; e, também, em sentido inverso, ficará mais claro para os juízos de primeiro e de segundo graus a orientação definida pela corte superior, a indicar o caminho do precedente a trilhar para determinada situação jurídica específica.

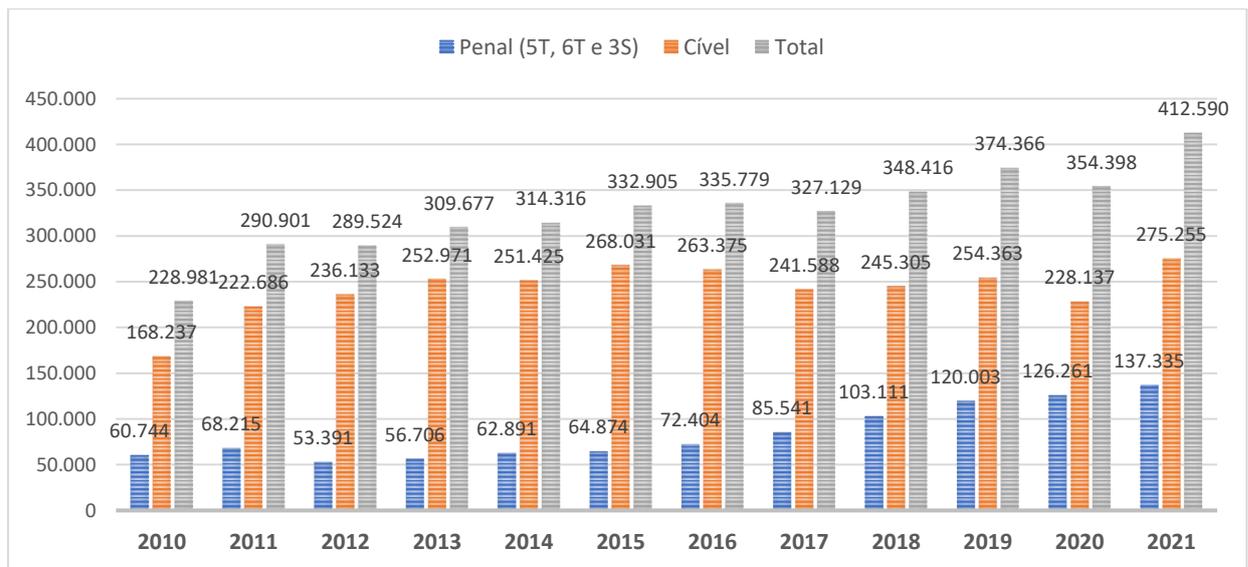
3 RACIOCINANDO COM “JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE”⁴². O ATUAL ESTADO DA ARTE: “MONOCRATIZAÇÃO”, “EMENTIZAÇÃO”, PLENÁRIO VIRTUAL E DÉFICIT DE LEGITIMIDADE NO JULGAMENTO COLEGIADO

3.1 INTRODUÇÃO. ANÁLISE PRELIMINAR DE DADOS ESTATÍSTICOS

A primeira indagação que quase automaticamente nos vem à mente é como ficou a distribuição dos recursos depois da vigência do CPC/2015. Será que, com o novo CPC, a distribuição de processos permaneceu estabilizada, diminuiu ou aumentou?

Compilando os dados dos boletins estatísticos processuais anuais disponibilizados no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça⁴³, conseguimos representá-los no gráfico a seguir:

Gráfico 1: STJ - Processos distribuídos no período de 2010 a 2021



Fonte: elaborado pelo autor

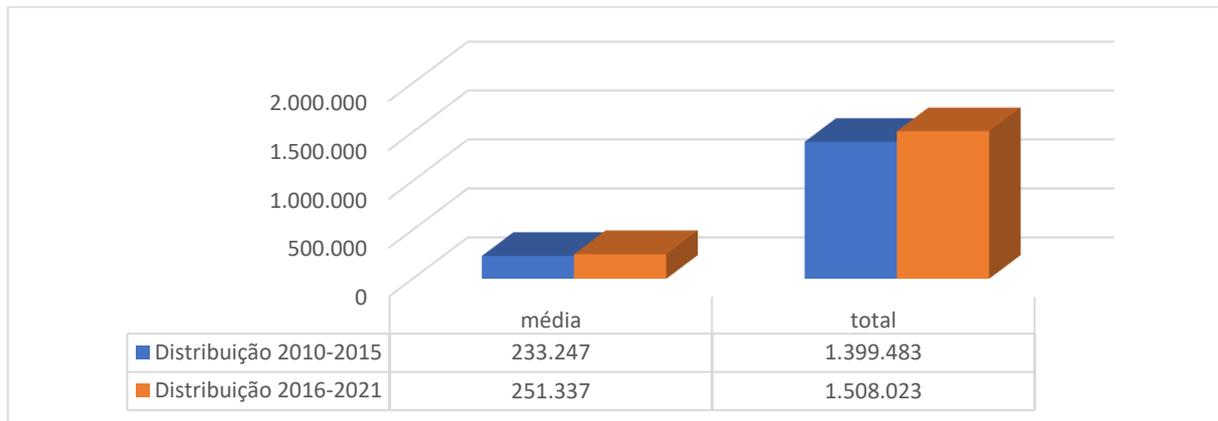
⁴² Mitidiero, ao se posicionar sobre a EC n. 125/2022, esclarece que: “[a] rigor, a lógica da ‘jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça’ é contrária à lógica do precedente. É o passado de algo sem futuro. A tendência é que, com a consolidação do STJ como Corte Suprema, todo recurso especial seja uma oportunidade para a formação de precedentes, cujo bojo pode inclusive ser ampliado para que o debate alcance um colegiado mais amplo do que aquele que lhe seria o natural. Em outras palavras, a existência de ‘jurisprudência dominante’ constitui resquício de um tempo em que o STJ atuava como corte de controle e de jurisprudência, incompatível com a própria ideia de filtro recursal. Seu destino é figurar na galeria dos antepassados do direito brasileiro.” **(Relevância no recurso especial.** São Paulo: Editora Thompson Reuters, 2022, p. RB 2-4).

⁴³ Disponíveis em: <https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/>. Último acesso em 17 set. 2022. Para a confecção do gráfico foram relacionados os dados anuais dos exercícios de 2010 a 2021, em especial os referentes à distribuição total de processos em relação aos processos de natureza penal, distribuídos à Terceira Seção, à Quinta e à Sexta Turmas.

Em termos de distribuição, observa-se que a curva de processos distribuídos sob a égide do CPC revogado (1.766.304 processos em números absolutos e média aritmética de 294.384 processos por ano, no período compreendido entre 2010 e 2015) em relação ao novo CPC (2.152.678 processos e média de 358.780, no período que vai de 2016 a 2021) está a indicar que houve aumento significativo no volume de processos distribuídos a partir da vigência do CPC/2015, da ordem de mais de 386 mil processos (386.374 processos exatamente) no intervalo de 6 (seis) anos (2016-2021).

Como o escopo deste estudo (e do próprio CPC) está ordinariamente voltado aos processos cíveis, descartamos os dados relativos aos feitos de natureza penal, passando a verificar, ainda assim, que a tendência de alta se mantém, conforme demonstra o gráfico a seguir, que retrata a média aritmética anual simples e o total de processos cíveis distribuídos por período (2010-2015 e 2016-2021):

Gráfico 2: STJ - Média e total da distribuição de processos cíveis de 2010-2015 e de 2016-2021

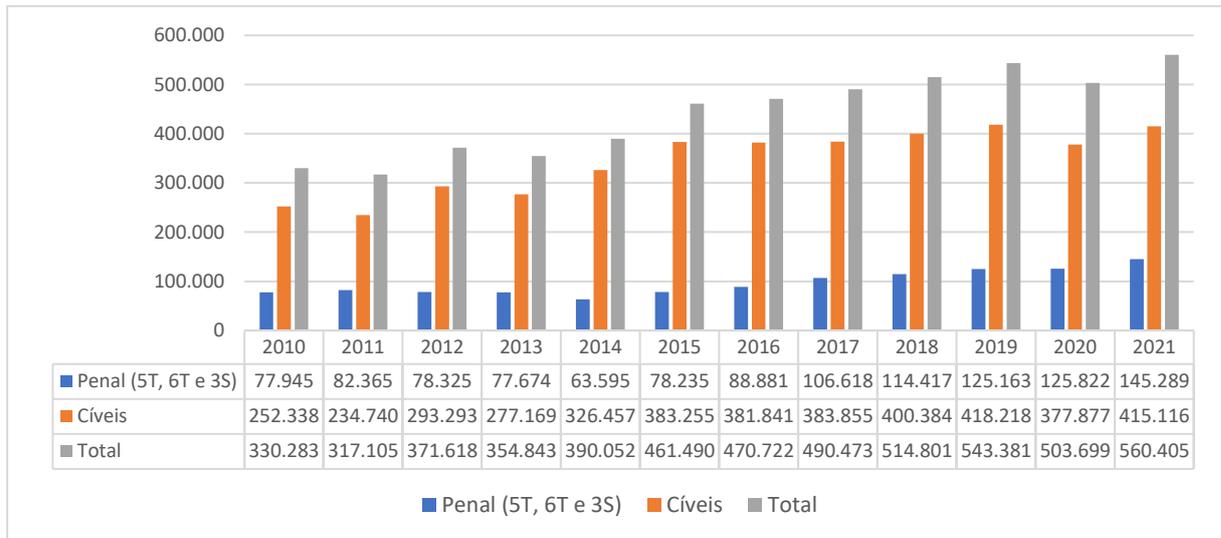


Fonte: elaborado pelo autor

Em comparação com o período de 6 (seis) anos de distribuição imediatamente anterior à vigência do novo CPC (2010/2015), nota-se, na realidade, um aumento significativo no volume da distribuição de processos cíveis perante o STJ, da ordem de mais de 108.000 feitos (108.540 para ser exato, o que corresponde a 28% – vinte e oito por cento – do aumento total da distribuição de processos cíveis no STJ).

Na sequência, outro ponto de questionamento que nos desperta curiosidade é o que aconteceu com o volume de processos julgados sob o regime do novo CPC.

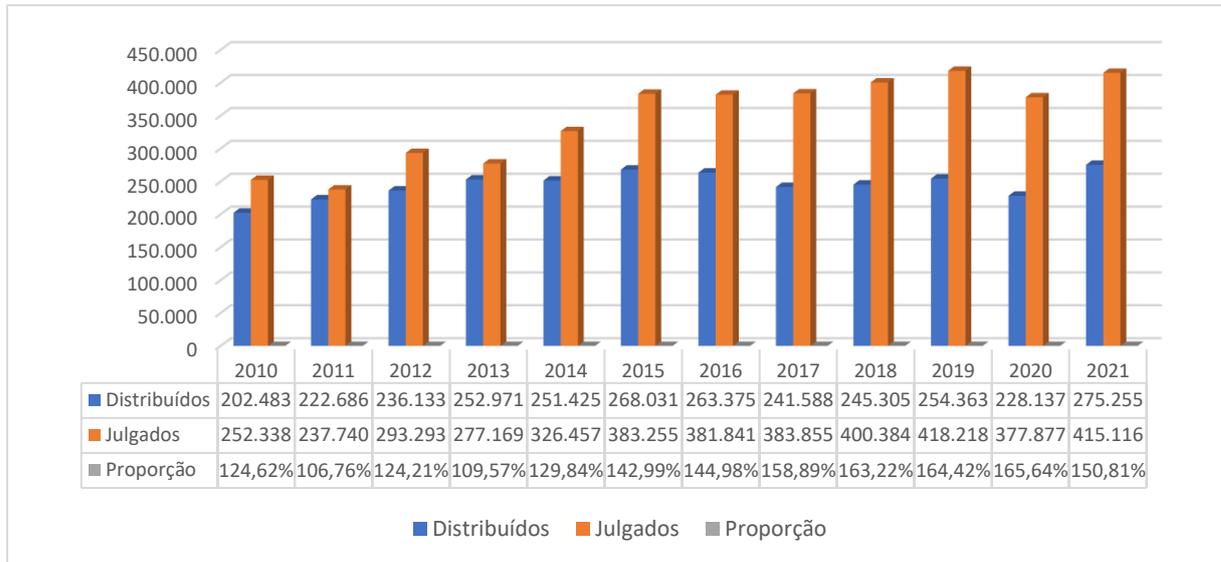
Seguindo a mesma linha de raciocínio do gráfico anterior, procuramos representar os dados de feitos julgados no gráfico seguinte:

Gráfico 3: STJ - Processos julgados no período de 2010 a 2021

Fonte: elaborado pelo autor

Colocando novamente em perspectiva os dois períodos, é possível inferir que, relativamente aos processos cíveis julgados, a tendência de alta foi mantida, na medida em que, nos 6 (seis) anos anteriores ao novo CPC (2010-2015), foram julgados 1.767.252 processos, perfazendo uma média anual de 294.542 julgamentos; de outra parte, a partir da vigência do CPC/2015, foram julgados 2.377.291 processos, o que representou uma média de 396.215 processos julgados por ano, correspondendo a um aumento de 34% (trinta e quatro por cento) no volume de processos julgados em relação ao período anterior (equivalente a 610.039 processos a mais).

De outra banda, correlacionando o número de processos cíveis distribuídos com o de julgados, pode-se inferir que o índice de processos julgados passou a ser relativamente maior, o que nos permite concluir que, proporcionalmente, passaram a ser julgados mais processos sob a regência do CPC/2015, conforme se verifica do gráfico a seguir apresentado:

Gráfico 4: STJ - Relação entre processos cíveis distribuídos e julgados entre 2010 e 2021

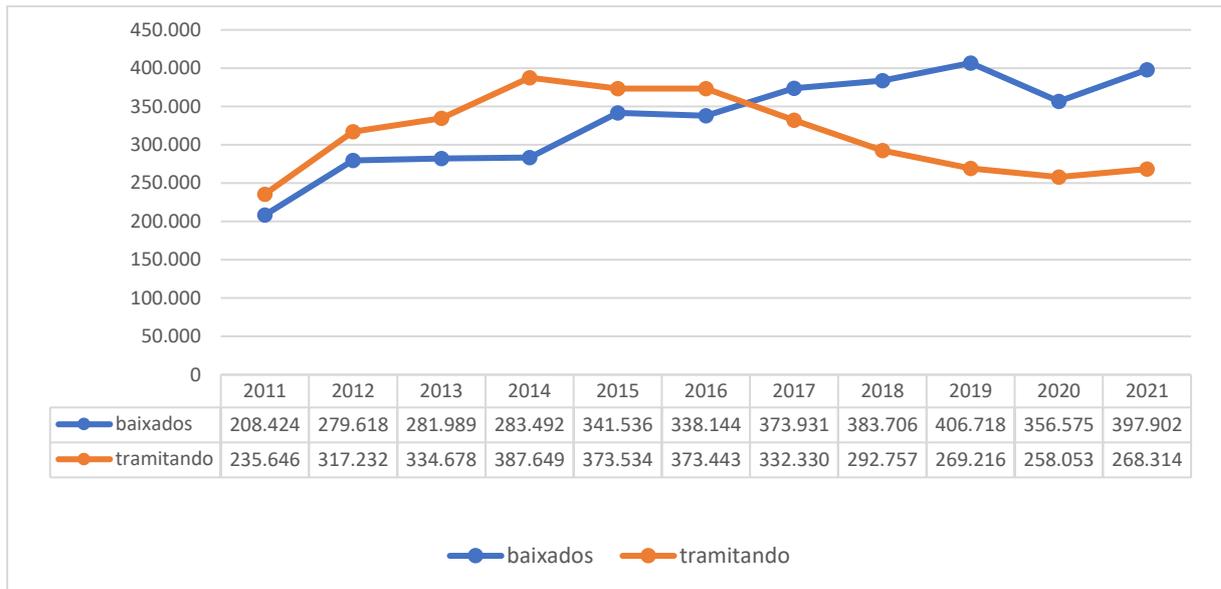
Fonte: elaborado pelo autor

Dessa forma, além de julgar um número absoluto muito maior de processos na vigência do CPC/2015 (610.039 processos a mais no período de 6 anos, o que representa um aumento anual de mais de 100.000 processos), constata-se que a porcentagem de recursos julgados em relação aos processos distribuídos teve um aumento de 35% (trinta e cinco por cento), considerando a média de aumento anual de 23% (vinte e três por cento) do volume de processos distribuídos nos 6 anos do CPC/1973 e de 58% (cinquenta e oito por cento) para os processos distribuídos em igual período sob o CPC/2015.

É de se destacar que esse aumento na proporção de processos julgados por distribuídos aconteceu não obstante a mudança operada na contagem dos prazos processuais no CPC/2015, que passou a se dar somente em dias úteis (art. 219), e, também, da unificação dos prazos recursais em 15 (quinze) dias (também úteis), tanto para interpor como para responder (art. 1.003, § 5º), excetuados os embargos de declaração, cujo prazo de oposição ficou definido em 5 (cinco) dias (art. 1.023).

Assim, apesar de o trâmite do recurso, em tese, demorar mais, ainda assim, passou a se julgar mais processos, o que nos permite inferir que a velocidade de tramitação dos processos aumentou.

Essa percepção parece se confirmar quando apuramos a quantidade de processos baixados e o número de processos em trâmite no STJ, pois percebemos um movimento inversamente proporcional e que faz todo o sentido: quanto mais processos baixados, menos processos em tramitação. Confirme-se:

Gráfico 5: STJ - Processos baixados e tramitando entre 2011 e 2021 ⁴⁴

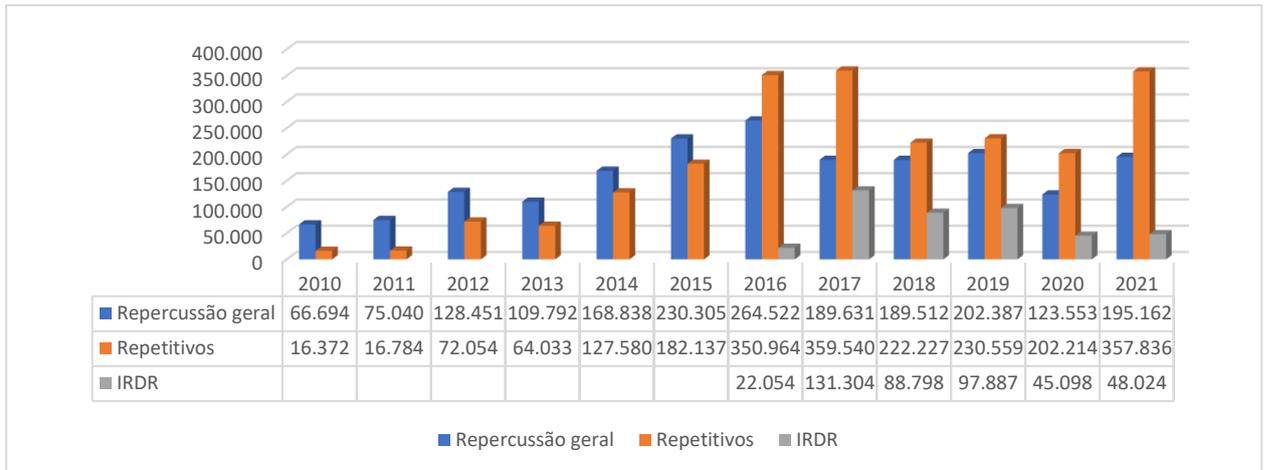
Fonte: elaborado pelo autor

Percebe-se claramente a inversão de valores entre a linha de processos baixados (de cor azul) e a de processos tramitando (de cor alaranjada), especialmente entre 2016 e 2017, quando o número de processos baixados passa a superar o de tramitando, tendência que segue até 2021, quando o acervo processual, depois de longo período de crescimento, estabiliza-se em aproximadamente 270.000 processos, retornando aos patamares encontrados em 2010 (cerca de 235.000 processos).

Essa redução poderia estar relacionada com a quantidade de processos sobrestados em função do julgamento de recursos especiais repetitivos.

Para analisar essa eventual correlação, providenciamos o gráfico abaixo, acrescentando, além dos repetitivos, dados relativos a processos sobrestados por força de repercussão geral e de incidentes de resolução de demandas repetitivas (IRDRs):

⁴⁴ Como não há informação sobre a quantidade de processos baixados no boletim estatístico de 2010, excluímos os dados desse ano para evitar distorções na linha representativa da evolução anual de processos baixados e em tramitação.

Gráfico 6: STJ - Processos sobrestados ao final de cada ano ⁴⁵

Fonte: elaborado pelo autor

De fato, 2016 e 2017 são os anos com maior número de processos sobrestados (350.964 e 359.540, respectivamente), seguidos de 3 (três) anos de baixo índice de sobrestamento (2018: 222.227; 2019: 230.559 e 2020: 202.214), retomado em 2021 (357.836).

Contudo, no Gráfico 5, a linha de processos baixados continua crescendo mesmo nos períodos em que o sobrestamento de processos diminuiu (2018, 2019 e 2020 especialmente), percebe-se que o número de processos tramitando (=acervo processual) parece ter retornado aos patamares de 2011 sobretudo porque o número de processos sobrestados por força dos recursos repetitivos aumentou muito, conforme Gráfico 6 (passando de 16.372 em 2011 para 357.836 em 2021).

Muito se fala em redução de acervo nas Cortes Superiores, mas o que se tem observado, na realidade, é uma transferência de acervos, que ficam sobrestados nas instâncias ordinárias aguardando julgamento dos recursos especiais representativos de controvérsia. Para se fazer esse controle então, deveríamos somar o número de processos em tramitação (Gráfico 5) com os processos sobrestados (Gráfico 6). Assim, no ano de 2011, somados os 268.314 processos em tramitação e os 357.836 sobrestados por força de recursos repetitivos, chegaremos ao expressivo resultado de 626.150 processos aguardando decisão em recursos especiais, sejam

⁴⁵ Dados compilados a partir dos seguintes sítios eletrônicos:

https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos . Repercussão geral. Acesso em 18 set. 2022.

https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos . Recursos repetitivos. Acesso em 18 set. 2022.

https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opensoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shDRGraficos . IRDR. Acesso em 18 set. 2022.

eles representativos de controvérsia ou não (recursos repetidos e recursos sem indicação para afetação em trâmite regular perante o STJ).

A partir do Gráfico 6 também é possível verificar que não se confirmou a hipótese de pesquisa elencada na introdução, segundo a qual o julgamento de IRDRs pelos tribunais de segundo grau teria impactado o julgamento de recursos especiais repetitivos. Segundo a leitura da terceira linha da tabela de dados do Gráfico 6 acima, é possível perceber que, apesar de significativo o número de processos sobrestados em função do julgamento de IRDRs, não se mostrou tão acachapante como a intuição inicial nos apontava.

Por último, uma informação muito importante que foi solicitada junto à Secretaria de Jurisprudência pelo ora interessado e que constitui o quantitativo de acórdãos principais e sucessivos⁴⁶

Tabela 1 – STJ: quantitativo de acórdãos principais e sucessivos por períodos

Período	Principais	Sucessivos	Total
CPC/1973 (18/3/2010 a 17/3/2016)	190.870	295.259	486.129
CPC/2015 (18/3/2016 a 18/3/2022)	211.351	408.685	620.036

Fonte: elaborada pelo autor a partir de informações da Secretaria de Jurisprudência do STJ, colhidas em 2 set. 2022, às 17h44min

Como se observa, comparando-se os períodos de 6 (seis) anos antes e depois da vigência do CPC/2015, os julgados principais tiveram um aumento de 9,6% (nove vírgula seis por cento) (20.481 processos) enquanto a proporção de julgados sucessivos aumentou muito mais, em cerca de 27,75% (vinte e sete vírgula setenta e cinco por cento) (113.426 processos).

Esse indicador também demonstra que não há falar em atividade de corte de precedentes quando o aumento do número de julgados sucessivos excede o de principais na ordem de 34% (trinta e quatro por cento). Ora, uma corte de precedentes não deveria mais se ocupar de julgados sucessivos, pois, como já afirmado, a ela não cabe fazer jurisprudência.

⁴⁶ “Principais” compõem uma categoria considerada inédita no repertório de espelhos de acórdãos considerados por relator, órgão julgador, além de identidade de pelo menos uma das teses decididas. “Sucessivos” são julgados que se referem a casos repetidos e são agrupados em sequência num documento principal, mantidas as identidades de relator, órgão julgador e pelo menos uma das teses decididas.

Enfim, a análise preliminar dos dados estatísticos referentes à movimentação de processos e à dinâmica de julgamentos sob a vigência do CPC/2015 (2016-2021) em relação aos 6 (seis) anos anteriores (período do CPC/1973: 2010-2015) não nos permite concluir acerca de eventual impacto que o CPC/2015 pudesse ter exercido na função do STJ como corte de precedentes, sobretudo porque a média desses indicativos permaneceu seguindo as linhas de tendência anteriormente apresentadas, além de que não foi observada nenhuma alteração significativa no mesmo período no que tange ao modo de encaminhamento das deliberações da Corte, sejam elas monocráticas ou colegiadas.

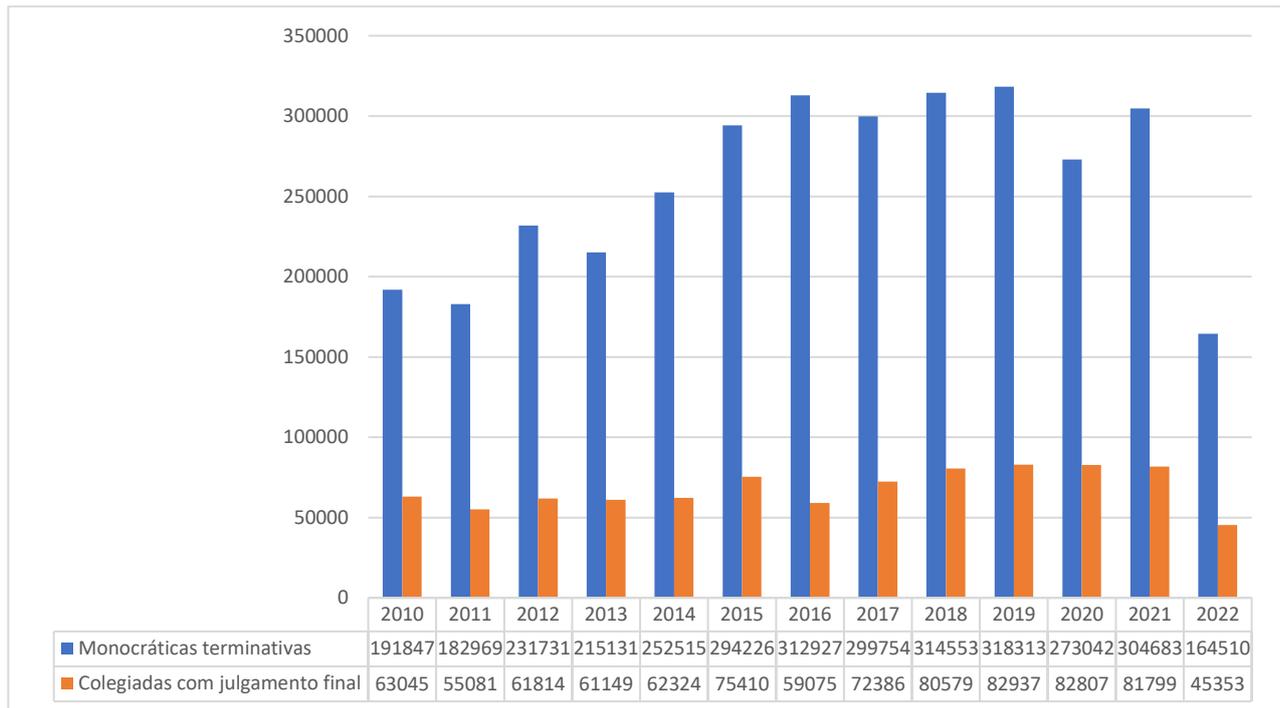
3.2 “MONOCRATIZAÇÃO”⁴⁷: O “PRIMEIRO FILTRO” OU “QUEM NÃO TEM FILTRO POSITIVO, CAÇA COM DECISÃO MONOCRÁTICA”

Cada gabinete de ministro do STJ contava com pelo menos 32 (trinta e seis) servidores⁴⁸, sendo: 8 (oito) assessores – CJ3; 1 (um) chefe de gabinete CJ3; 1 (um) assessor A – CJ2; 1 (um) assistente V – FC5; 14 (quatorze) assistentes – FC4; 7 (sete) assistentes – FC2.

Na maioria dos gabinetes, pelo que se tem notícia, ao menos 3/4 (três quartos) dessa força de trabalho, ou seja, 24 (vinte e quatro) funcionários, ficam encarregados de fazer o que poderíamos chamar de “reciclagem” processual, que significa triar, deslocar para a via da minuta de decisão monocrática, aqueles processos que não conseguem ultrapassar o juízo de admissibilidade recursal ou cujo entendimento meritório do acórdão impugnado esteja em consonância com a jurisprudência dominante da Corte superior. Em outras palavras, separar o joio do trigo. E haja joio, conforme se observa do gráfico abaixo:

⁴⁷ O Ministro Sidnei Beneti, em interessantíssimo artigo, preferiu o termo “monocratismo”: **Monocratismo, monologuismo e colegialidade nos tribunais**. 2012. v. 3. p. 303-330.

⁴⁸ A Resolução STJ/GP n. 13, de 12/5/2022, que alterou a estrutura orgânica do STJ, ampliou um pouco mais essa composição para: 36 (trinta e seis) servidores, sendo: 10 (dez) assessores – CJ3; 1 (um) chefe de gabinete CJ3; 3 (três) assessores A – CJ2; 1 (um) assistente V – FC5; 14 (quatorze) assistentes – FC4; 7 (sete) assistentes – FC2, que, todavia, não foi considerada porque irrelevante no período pesquisado.

Gráfico 7: STJ - Decisões cíveis monocráticas x colegiadas

Fonte: elaborado pelo autor

Só para se ter uma ideia, em todo o período analisado no gráfico acima (de 2010 a junho/2022), foram proferidas 3.395.201 decisões monocráticas terminativas, ao passo que, nesse mesmo intervalo temporal, foram realizados 883.759 julgamentos colegiados. Em perspectiva, as decisões monocráticas representaram 80% (oitenta por cento) desse total (de 4.239.960 processos julgados), enquanto os julgamentos colegiados, os 20% (vinte por cento) restantes.

Muitos dos recursos especiais e dos agravos em recursos especiais ali distribuídos são despidos da técnica de admissibilidade dos recursos excepcionais, motivo por que não são conhecidos. Outros tantos têm provimento negado porque o acórdão recorrido guarda sintonia com a “jurisprudência dominante” do STJ. Outros ainda, nem tantos assim, são providos porque em contradição com a orientação da Corte Superior.

Para melhor visualização, vejamos a informação do parágrafo anterior interpretada e representada graficamente no boletim estatístico oficial do STJ no ano de 2021⁴⁹:

⁴⁹ Disponível em: <https://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=371> p. 17-18. Acesso em 7 set. 2022.

Figura 1: Explicação que precede, no boletim estatístico processual anual do STJ de 2021, as figuras abaixo dispostas naquele informativo (figuras 14a e 14b)

O STJ é a corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil. As classes de feito enviadas ao STJ contestando decisões proferidas em instâncias inferiores são o REsp e o AREsp, que somados compõem 69,09% (295.646) das decisões julgadas em processos principais no ano. Portanto, ao analisar o teor dessas classes é possível verificar a proporção de julgamentos no país que estão seguindo a interpretação do Tribunal. Analisando os gráficos abaixo, 11,43% (33.784) dos REsp e AREsp julgados pelo STJ em 2021 foram concedidos, ou seja, 88,57% dos processos analisados pelo tribunal não tiveram a decisão do tribunal de origem alterada, indicando que a jurisprudência do STJ tem sido aplicada na maioria dos casos (figura 14a). No gráfico à direita, apenas 5,89% (5.670) dos recursos em AgInt e AgRg foram concedidos, ou seja, 5,89% dos recursos julgados pelo Tribunal no ano modificaram uma decisão prévia da corte (figura 14b).

Fonte: STJ, 2021

Figura 2: Figuras 14(a) e 14(b) do boletim estatístico processual anual do STJ de 2021

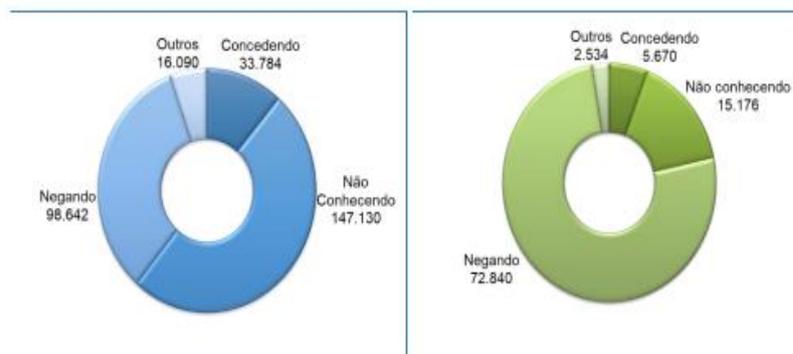


Figura 14(a). À esquerda teor das decisões em processos principais. Figura 14(b) À direita teor das decisões em recursos internos (AgRg, AgInt).

Fonte: STJ, 2021

Chamamos a atenção para o seguinte trecho da explicação acima reproduzida:

Analisando os gráficos abaixo, 11,43% (33.784) dos REsp e AREsp julgados pelo STJ em 2021 foram concedidos, ou seja, **88,57% dos processos analisados pelo tribunal não tiveram a decisão do tribunal de origem alterada, indicando que a jurisprudência do STJ tem sido aplicada na maioria dos casos** (figura 14a). (grifo nosso)

Um olhar mais atento sobre a frase destacada, em comparação com os dados apresentados, parece fornecer, no entanto, outra interpretação para essa atividade típica de corte revisional⁵⁰.

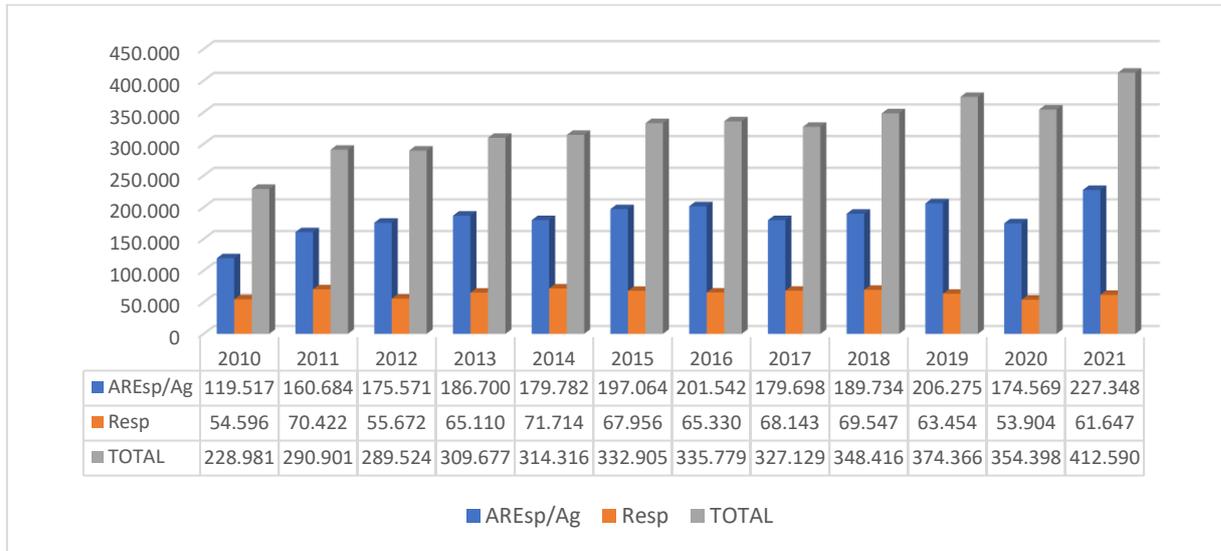
⁵⁰ E aqui nota-se como a cultura molda a prática jurídica, “caldo de cultura” diria Mitidiero (*op. cit.* **Relevância no recurso especial**. São Paulo: Editora Thompson Reuters, 2022, p. RB 1-1). Ver também: Marinoni e Mitidiero. **Recurso extraordinário e recurso especial** [...]. 2. ed. São Paulo, Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 5. Garapon

Percebam que, se em 147.130 processos os recursos não foram nem sequer conhecidos (e isso representa 49,76% - quarenta e nove vírgula setenta e seis por cento - do total de 295.646 processos das classes recursais REsp e AREsp, as quais, juntas, perfazem 69,09% - sessenta e nove vírgula zero nove por cento - dos processos principais julgados pelo STJ em 2021), não é possível inferir, como afirma o boletim oficial, que “a jurisprudência do STJ tem sido aplicada na maioria dos casos”. Isso porque, não conhecidos os recursos (= não ultrapassaram o juízo de admissibilidade), não é possível afirmar ou se inferir que o mérito do julgamento de segunda instância tenha sido analisado pelo STJ sob o prisma de sua conformidade ou não com a sua orientação superior.

Em outras palavras, nas duas classes mais expressivas de recursos que chegam ao STJ (REsp e AREsp), que, juntos, somam quase 70% (setenta por cento) da distribuição processual, cerca de metade deles (147.130 processos) não são nem sequer conhecidos na instância superior, prevalecendo o entendimento firmado pelo tribunal de origem, é verdade, porém sem nenhum exame pelo Tribunal Superior quanto ao mérito recursal.

Apenas para se ter uma ideia do volume dessas duas classes processuais em comparação com o total de processos distribuídos, veja-se o gráfico a seguir:

e Papadopoulos. **Julgar nos Estados Unidos e na França** [...]. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2008, p. 3 e ss. Observe-se que até a forma de se elaborar o boletim estatístico, de construir e moldar indicadores estratégicos de resultados, está a revelar o perfil da corte superior como de corte de revisão, procurando-se demonstrar ou fazer crer que, se em quase 90% dos processos analisados não há alteração no acórdão recorrido, estamos rumando numa direção correta. Não há uma preocupação em se buscar saber, divulgar ou informar indicadores que incentivem e potencializem os julgamentos colegiados, por exemplo quantos precedentes com orientações prospectivas foram editados, resolvendo indagações interpretativas legítimas da sociedade, por exemplo dos processos que são pautados para julgamentos presenciais. Nesses, estima-se, por terem conseguido driblar os filtros de admissibilidade e vencer os de conformidade prévios, que devem conter alguma questão jurídica relevante que aguardava definição da Corte Superior. Chama a atenção também, por exemplo, a manutenção da repartição denominada “Secretaria de Jurisprudência” no Tribunal que se propõe a ser corte de precedentes.

Gráfico 8: STJ - Processos distribuídos nas classes de AREsp, REsp e total

Fonte: elaborado pelo autor

Note-se que o agravo em recurso especial segue como a classe mais recorrente na distribuição de processos, correspondendo a 56% (cinquenta e seis por cento) do total de processos distribuídos ao longo desses 12 (doze) anos de levantamento. Somadas, as duas classes juntas (AREsp e REsp) totalizam 76% (setenta e seis por cento) do número de processos distribuídos entre 2010 e 2021.

Deve ser registrado que todos esses julgados demandam um esforço hercúleo por parte dos ministros e dos servidores do STJ no fenômeno que se denominou “reciclagem processual”, consumindo tempo e recursos públicos, materiais e humanos, que, no fim das contas, em termos de corte de vértice e de interpretação, de nada valem.

Nos corredores da Corte, é o que se costuma chamar de “enxugar gelo”, isto é, um trabalho que não faz nenhum sentido, como se vislumbra da analogia utilizada com o ato insano de se secar com um pano para tornar líquida a água que demandou tempo e energia elétrica para se solidificar: um verdadeiro contrassenso, com desperdício de tempo e de energia que poderiam ser mais bem empregados.

Apesar de indesejáveis numa corte de vértice, já que abortam o debate colegiado, no atual estado das coisas, sobretudo à vista dos dados estatísticos apresentados, podemos afirmar que as decisões monocráticas estão a cumprir, em flagrante desvio de finalidade, a função de primeiro filtro recursal negativo.

3.3 “EMENTIZAÇÃO”: O “SEGUNDO FILTRO” OU “QUANDO A EMENTA-RABO BALANÇA O ACÓRDÃO-CACHORRO”

Guimarães⁵¹ assim discorre acerca do conceito de ementa, evocando a definição de vários outros autores:

Assim como na legislação, a ementa jurisprudencial traz consigo a ideia de resumo, senão veja-se:
 “... é o resumo, a síntese do conteúdo do pronunciamento judicial, no alto do mesmo” (ATIENZA, 1981, p. 31);
 “...resumo do que foi decidido no acórdão” (SOILBELMAN, 1974, p. 235);
 “...sumário ou de uma sentença ou de um acórdão, no qual são focalizados seus pontos fundamentais” (FRANÇA, 1977, v. 31, p. 129);
 “... resumo que se faz dos princípios expostos em uma sentença ou em um acórdão” (SILVA, 1989, p.150);
 “... enunciado resumido de um ou mais pontos básicos, focalizados no julgamento a que” (sentenças e acórdãos) “dizem respeito” (ACADEMIA NAC. DE DIREITO DO TRABALHO, 1985, p. 124);
 “... súmula (...) de uma decisão judiciária que contém a conclusão do enunciado” (NUNES, 1976, p. 390).

Destaca, logo depois⁵², dois de seus aspectos centrais: (i) ideia de síntese; e, (ii) localização no alto do acórdão. Também discorre sobre a função precípua da ementa, que é a de servir de apoio para a pesquisa, ou seja, “como produto documentário facilitador do processo de recuperação da informação.”⁵³

Tal qual ocorrera com as decisões monocráticas, no entanto, as ementas dos julgados também passaram a sofrer desvio de finalidade.

É verdade que a ementa jurisprudencial ainda mantém a função de apoio à pesquisa, conforme acima referido⁵⁴; porém, com o tempo, passou também a acumular mais duas relevantes tarefas: (i) a de resumo condutor dos julgamentos colegiados (sobretudo quando não há destaque de outro ministro, o relator “guia-se pela ementa”) e (ii) a de fundamento dos julgados do STJ, na qualidade de argumento de autoridade.

⁵¹ GUIMARÃES, José Augusto Chaves. **Elaboração de ementas jurisprudenciais**. 2004, p. 60.

⁵² *Idem*. p. 60-61.

⁵³ *Ibidem*. p. 61.

⁵⁴ A esse respeito, cabe observar que é a ementa do julgado que vai subsidiar o “espelho de julgamento”, que é o documento eletrônico que alimenta a base de pesquisa jurisprudencial do STJ. Esse documento apresenta dados do inteiro teor do acórdão que foram lançados em campos específicos, para fins de resgate. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/ajuda/AF_web_espelho_acordao_v4_A.pdf. Acesso em 7 set. 2022).

Rodriguez⁵⁵, a respeito do tema, confirma que “[...] a padronização das decisões dos tribunais se faz por via de ementas e enunciados e não por meio de precedentes que podem ser reconstruídos argumentativamente.”

Assim, em mais uma disfunção que impacta sobre modo a dinâmica de julgamentos colegiados, pois, na prática, aborta todas as fases colegiadas idealizadas por Mendes⁵⁶.

Desse modo, percebemos que o fenômeno da “ementização” pode até fazer sentido na dinâmica de julgamento *seriatim*⁵⁷, porém, acredita-se, não poderia ser concebido ou tolerado na outra modalidade de deliberação colegiada (*per curiam*), nem deve ter espaço numa típica corte de interpretação, visto que, do seu reduzido enunciado, quase sumular, seria improvável, senão impossível, explorar-se a *ratio decidendi* dos julgados que acompanha⁵⁸.

3.4 O PLENÁRIO VIRTUAL

A Emenda Regimental n. 21, de 30/4/2007⁵⁹, promoveu alterações significativas no Regimento Interno do STF (RISTF). Dentre elas, destaca-se a nova redação conferida aos arts. 323 e 324 do RISTF, a qual passou a admitir o exame da repercussão geral da questão constitucional por meio eletrônico.

Eis o texto dos referidos artigos:

Art. 323. Quando não for caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão, o(a) Relator(a) submeterá, **por meio eletrônico**, aos demais ministros, cópia de sua manifestação sobre a existência, ou não, de repercussão geral.

§ 1º Tal procedimento não terá lugar, quando o recurso versar questão cuja repercussão já houver sido reconhecida pelo Tribunal, ou quando impugnar decisão contrária a súmula ou a jurisprudência dominante, casos em que se presume a existência de repercussão geral.

§ 2º Mediante decisão irrecorrível, poderá o(a) Relator(a) admitir de ofício ou a requerimento, em prazo que fixar, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, sobre a questão da repercussão geral.

Art. 324. Recebida a manifestação do(a) Relator(a), os demais ministros encaminhar-lhe-ão, também por meio eletrônico, no prazo comum de 20 (vinte) dias, manifestação sobre a questão da repercussão geral.

Parágrafo único. Decorrido o prazo sem manifestações suficientes para recusa do recurso, reputar-se-á existente a repercussão geral. (grifo nosso)

⁵⁵ José Rodrigo Rodriguez. **Como decidem as cortes? : para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2017, p. 23.

⁵⁶ *Op. cit.* 2015, p. 105.

⁵⁷ Sobre a distinção dos modelos de julgamento *seriatim* e *per curiam*: ver 4.6 *infra*.

⁵⁸ E aqui se destaca mais um ponto alertado por Guimarães, no sentido de que a ementa não faz parte do acórdão, sendo-lhe documento contíguo (op. cit. 2004, p 62). Nada obstante essa antiga advertência doutrinária, o CPC/2015 exige que todo acórdão contere ementa (art. 943, § 1º) e autoriza a publicação de ementas na imprensa oficial (arts. 205, § 3º, 943, § 4º, e 944, parágrafo único).

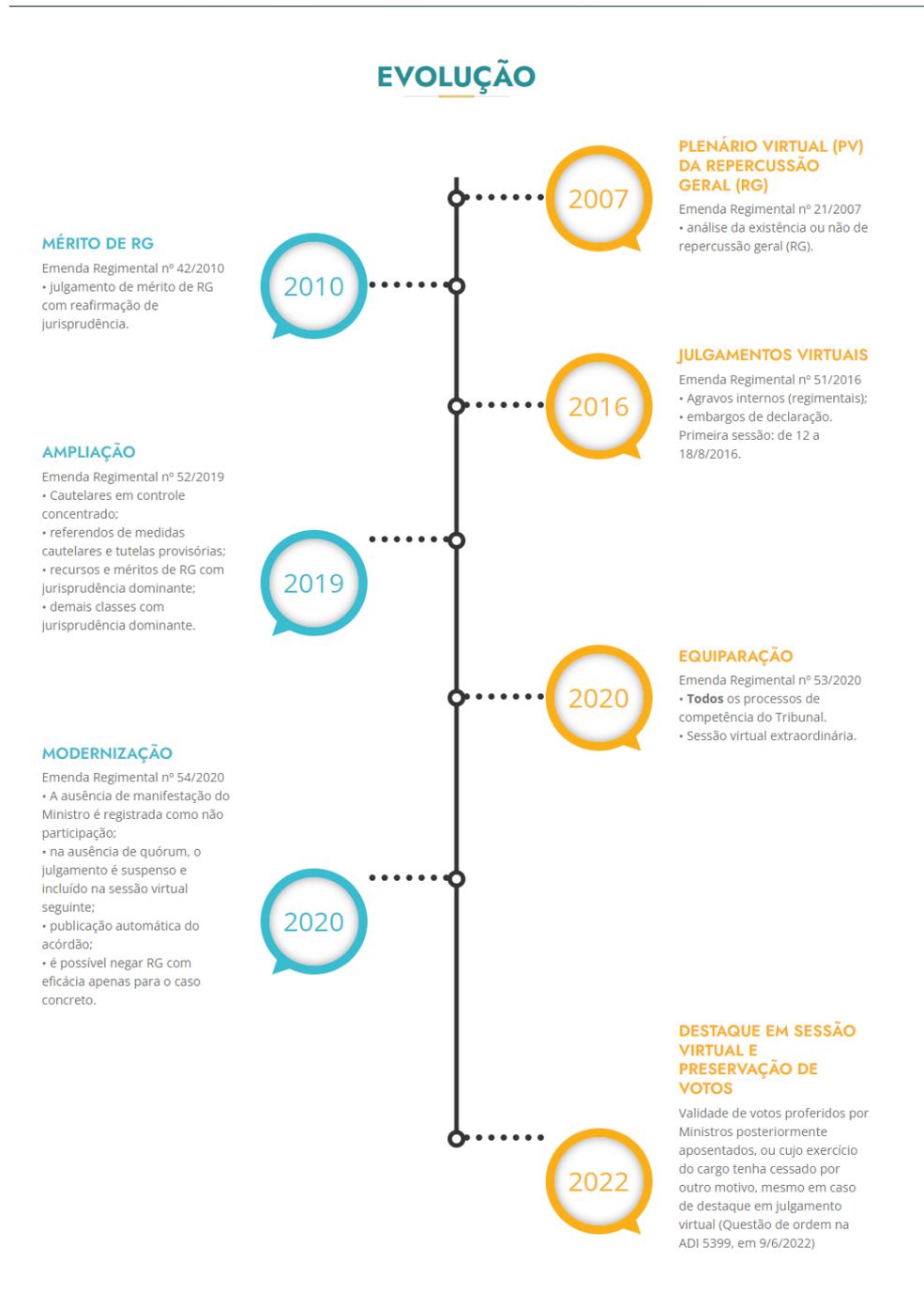
⁵⁹ Texto integral disponível em: <https://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/EMENDAREGIMENTAL021-2007.PDF>. Acesso em 8 set. 2022.

Surgia ali, despretensiosamente, o plenário virtual, uma plataforma eletrônica de julgamentos assíncronos⁶⁰, que, naquele primeiro momento, acreditamos, não se imaginava a importância que viria a ter nos julgamentos da Suprema Corte brasileira⁶¹, em especial diante da ampliação da sua competência, operada pela edição das Emendas Regimentais n. 42/2010, n. 51/2016, n. 52/2019 e n. 53/2020, conforme se observa da explanação acerca do aludido instituto contida no sítio eletrônico do STF que, pela sua didática, julgamos conveniente a sua inserção:

⁶⁰ Richard Susskind, sobre a diferença entre julgamentos síncronos e assíncronos, explica que: “Na linguagem dos tecnólogos, a comunicação nos tribunais físicos e nas audiências virtuais é síncrona, enquanto o julgamento *online* envolve formas assíncronas de interação. Isso significa que, para o primeiro, os participantes precisam estar disponíveis ao mesmo tempo para o andamento de um caso. Em contraste, com o último, assim como no e-mail e nas mensagens de texto, aqueles que estão envolvidos não precisam estar atentos simultaneamente – argumentos, evidências e decisões podem ser enviados sem que o remetente e o destinatário estejam fisicamente ou virtualmente juntos ao mesmo tempo.” (tradução nossa). No original, “In the language of technologists, the communication in physical courtrooms and virtual hearings is synchronous whereas online judging involves asynchronous forms of interaction. This means that, for the former, the participants need to be available at the same time for a case to progress. In contrast, with the latter, as with email and text messages, those who are involved do not need to be on tap simultaneously—arguments, evidence, and decisions can be sent without sender and recipient being physically or virtually together at the same time.” (*Op. cit.* **Online courts and the future of justice**, Nova Iorque: Oxford, 2019, p. 60). Tradução do autor:

⁶¹ Ver PETER, Cristina. **Supremo Tribunal Virtual aproxima presente do futuro**. Disponível em: <https://www.conjur.co/m.br/2020-jul-04/observatorio-constitucional-supremo-tribunal-virtual-aproxima-presente-futuro> . Acesso em 18 set. 2022.

Figura 3: STF - Evolução do plenário virtual⁶²

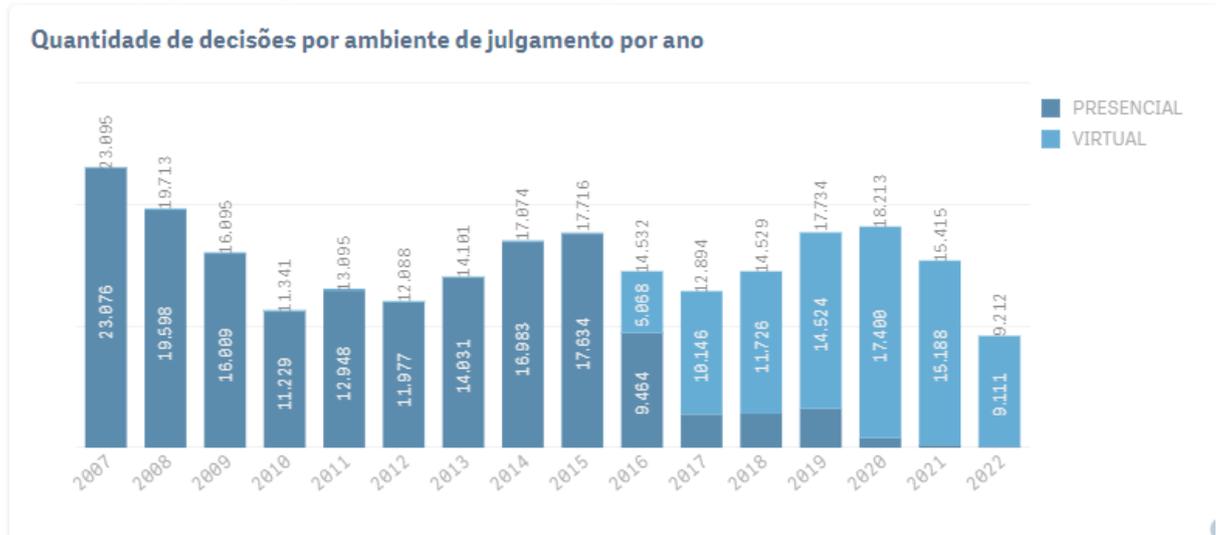


Fonte: STF, 2022

⁶² Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/hotsites/plenariovirtual/>. Acesso em 7 set. 2022. Esse material é bastante interessante não só pela didática, mas pela sua funcionalidade, na medida em que, no endereço eletrônico citado, é possível acessar o inteiro teor das emendas regimentais citadas com apenas um clique do *mouse* sobre os títulos respectivos. Há também informações sobre a dinâmica do plenário virtual (passo a passo), tempo para decisão, ramo do direito, ministro relator entre outras.

Para se ter a dimensão de como o aumento da quantidade de julgamentos realizados no ambiente virtual foi expressivo no STF, especialmente a partir de 2020, período marcado pela pandemia da Covid-19, confira-se o gráfico a seguir:

Gráfico 9: STF - julgamentos presenciais (incluídos os telepresenciais) x virtuais⁶³



Fonte: STF, 2022

Apenas para registrar, uma vez que o quantitativo de decisões presenciais (ou síncronas) nos anos de 2020, 2021 e 2022 nem sequer aparece direito no gráfico acima: em **2020**, foram proferidas 813 decisões em ambiente presencial (17.400 no plenário virtual); em **2021**, 227 presenciais (contra 15.188 julgamentos virtuais); em **2022**, até então, 101 decisões presenciais (ao passo que 9.111 casos foram julgados virtualmente).

Em termos percentuais, o julgamento presencial em 2020 correspondeu a 4% (quatro por cento) do total de julgamentos do STF; e, em 2021 e 2022, cerca de 1% (um por cento) do total de julgados.

No STJ, os julgamentos virtuais estão restritos a processos de mesa (agravos internos/regimentais e embargos de declaração)⁶⁴ e ao procedimento de afetação eletrônica de recursos especiais repetitivos⁶⁵.

Se adicionarmos mais um filtro nos dados estatísticos esboçados no Gráfico 7, perceberemos que a situação da “monocratização” é ainda mais grave, na medida em que os

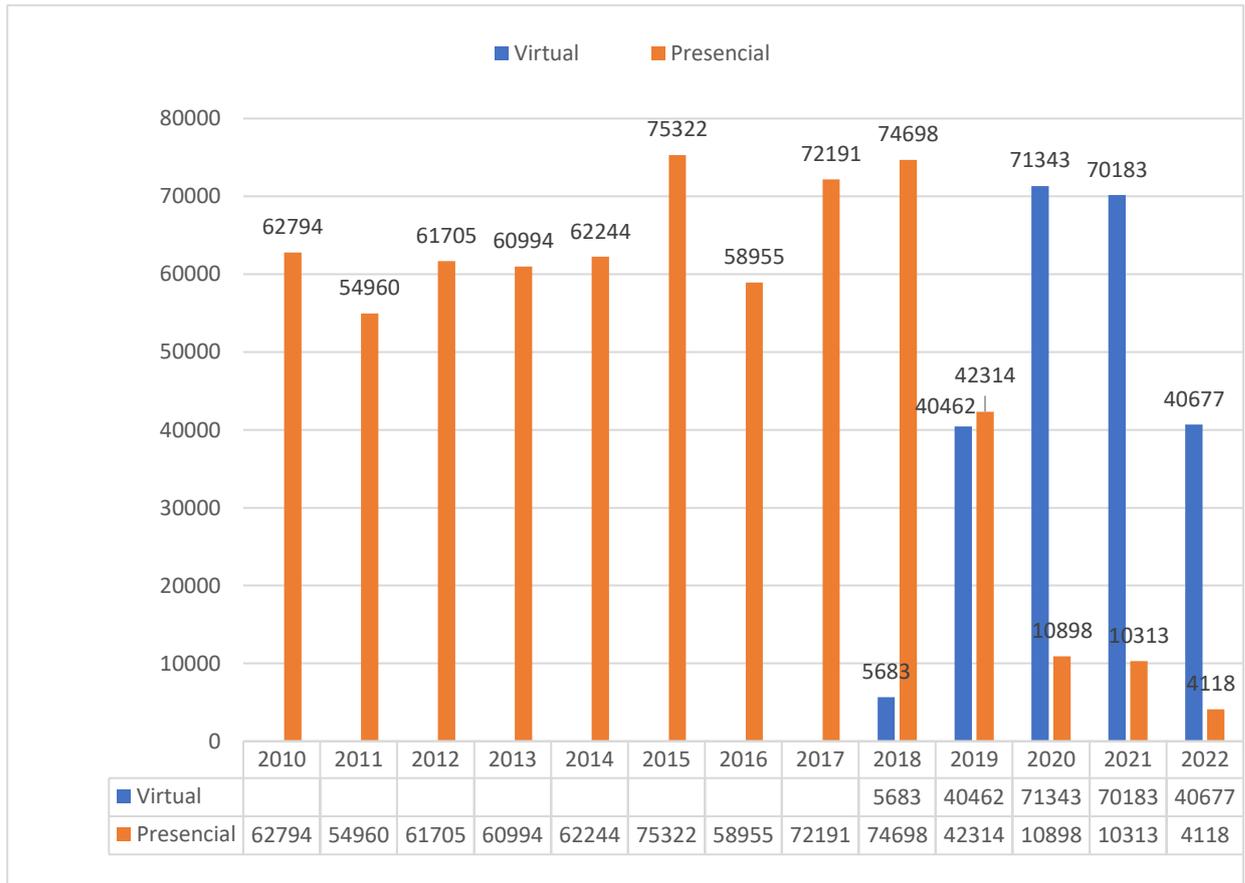
⁶³ Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/hotsites/plenariovirtual/>. Acesso em 7 set. 2022.

⁶⁴ Conforme RISTJ: “Art. 184-A. Ficam criados órgãos julgadores virtuais correspondentes à Corte Especial, às Seções e às Turmas do Superior Tribunal de Justiça, com a finalidade de julgamento eletrônico de recursos. Parágrafo único. Os seguintes recursos podem ser submetidos ao julgamento virtual: I - Embargos de Declaração; II - Agravo Interno; III - Agravo Regimental.”

⁶⁵ “Art. 257. É obrigatório ao relator o uso da ferramenta eletrônica de afetação do recurso especial à sistemática dos repetitivos e de admissão do incidente de assunção de competência, nos termos desse capítulo.”

agravos interpostos contra decisões monocráticas, apesar de julgados colegiadamente, têm seu julgamento, no mais das vezes, direcionado ao plenário virtual, plataforma onde o debate colegiado também tem se mostrado pouco frutífero, sobretudo quando há uma prévia manifestação do relator de que o recurso especial seja inadmissível⁶⁶, conforme gráfico a seguir:

Gráfico 10: STJ - julgamentos colegiados cíveis por tipo de sessão de julgamento



Fonte: elaborado pelo autor

Como se vê, talvez por se reservar ao julgamento em plenário virtual somente os processos de mesa (agravos internos ou regimentais e embargos de declaração) a dependência do STJ de seu plenário virtual, apesar de muito alta, não é tão exacerbada quanto a do STF.

Depois de iniciar timidamente em 2018, com apenas 5.683 recursos julgados por meio da plataforma eletrônica (equivalente a 7% - sete por cento - do total de julgados colegiados), em 2019 os julgamentos presenciais e virtuais quase se equivaleram (com 48% - quarenta e oito por cento - de julgamentos virtuais), ocorrendo a grande virada em 2020, sobretudo diante do

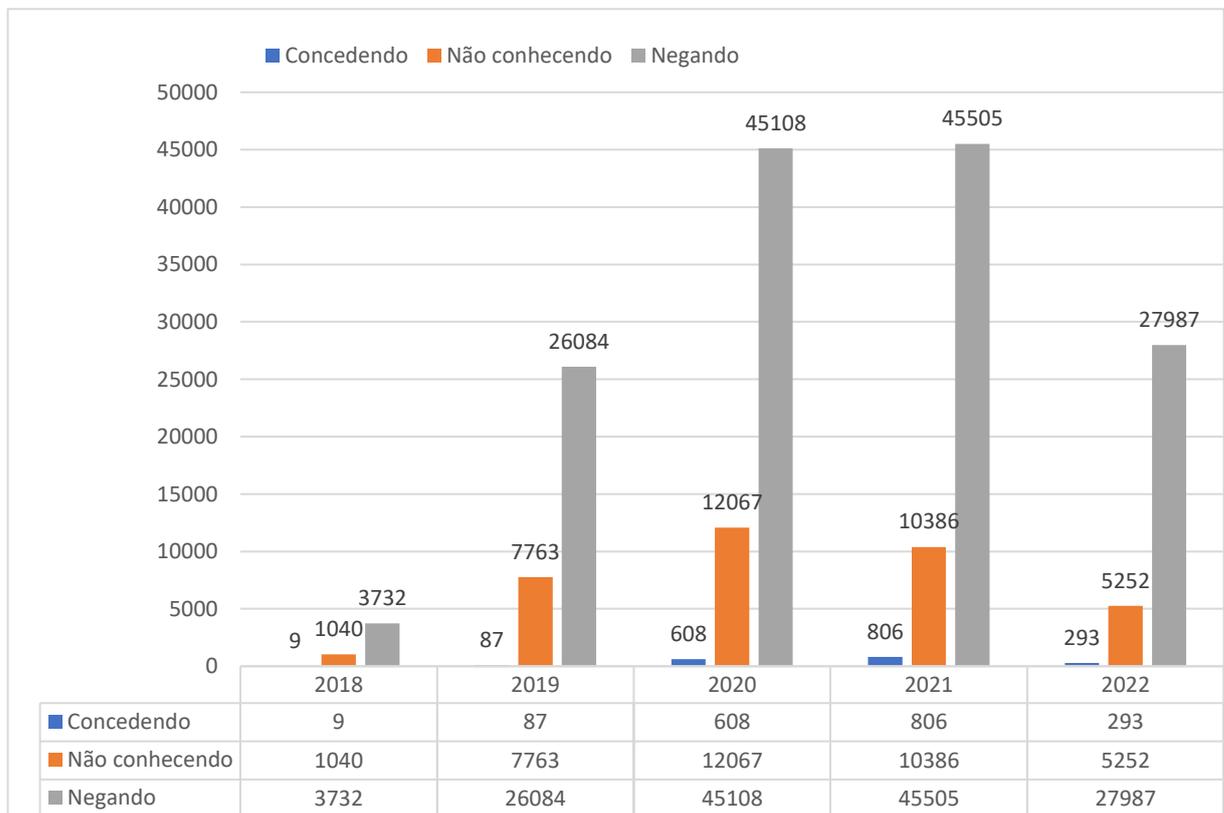
⁶⁶ Cf. PEREIRA, Paula Pessoa. **Engrenagens do desempenho deliberativo do STF nos julgamentos virtuais** [...]. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/elas-no-jota/engrenagens-do-desempenho-deliberativo-do-stf-nos-julgamentos-virtuais-19112020>. Acesso em 25 set. 2022.

impacto da pandemia da Covid-19, deflagrada a partir de março daquele ano (nesse período, os julgamentos em plenário virtual corresponderam a 87% (oitenta e sete por cento) do total de deliberações colegiadas, índice que foi mantido no exercício de 2021). Se mantido o percentual aferido no primeiro semestre de 2022, a tendência é de que os julgamentos virtuais alcancem o percentual de 90% (noventa por cento) do total de julgamentos colegiados.

Os dados nos permitem inferir um crescimento expressivo da utilização das plataformas virtuais para a realização de julgamentos tanto síncronos (no caso das sessões telepresenciais ou virtuais síncronas, especialmente em razão da pandemia da Covid-19) quanto assíncronos (plenário virtual), em detrimento das sessões presenciais, ao ponto de o gráfico apresentar, nos últimos 2 (dois) anos, 87% (oitenta e sete por cento) de julgamentos virtuais (síncronos e assíncronos).

O plenário virtual no STJ, assim, tem sido o canal destinado à confirmação da aplicação do primeiro filtro pelo qual passaram os recursos especiais (e agravos respectivos – AREsps), isto é, ele funciona como uma espécie de segundo filtro recursal destinado à chancela (=confirmação) da aplicação do primeiro filtro, por sua vez, efetivado pelas decisões monocráticas. Confira-se:

Gráfico 11: STJ - Agravos internos julgados virtualmente por tipo de decisão



Fonte: elaborado pelo autor

Basta observar que o número de agravos internos providos mal representa 1% (um por cento) do total de julgados virtuais, dado que permite inferir o viés confirmatório de decisões solitárias realizado em plenário virtual⁶⁷.

3.5 O SINUOSO CAMINHO NORMATIVO DAS REGRAS PROCESSUAIS/PROCEDIMENTAIS E O DÉFICIT DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA PARA A SUA EDIÇÃO: UM EMARANHANDO ENTRE QUESTÕES DE ORDEM, PORTARIAS, RESOLUÇÕES, EMENDAS REGIMENTAIS E LEIS ORDINÁRIAS. E, AINDA, OS ENUNCIADOS ADMINISTRATIVOS

Interessante observar que, a partir da instituição do requisito da repercussão geral para o recurso extraordinário, operada com a chamada Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional n. 45/2004, fenômeno interessante de normatização passou a ocorrer de forma bastante peculiar.

Primeiramente, foi outorgada competência normativa para o próprio STF dispor, em seu regimento interno, sobre a análise da repercussão geral, bem como as atribuições dos ministros, das Turmas e de outros órgãos (cf. art. 543-B, *caput* e § 5º, do CPC/1973, na redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.418/2006⁶⁸).

Ao STJ, competência normativa similar foi conferida pela Lei n. 11.672/2008, que alterou o CPC/1973 para nele incluir o art. 543-C, porém sem menção explícita de que a regulamentação deveria se dar no regimento interno (o § 9º do art. 543-C só dispôs que: “O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo”).

No entanto, à míngua de regulamentação regimental específica, as primeiras disposições do STF acerca da tramitação do então novo requisito de admissibilidade recursal foram

⁶⁷ Antes da instituição do plenário virtual em 2018, esse mesmo expediente de confirmação de decisões monocráticas era realizado nas sessões presenciais por meio de listas de processos levadas a julgamento, isto é, antes mesmo do plenário virtual, já existia essa espécie de segundo filtro.

⁶⁸“Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo. (Incluído pela Lei n. 11.418, de 2006). [...] § 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral. (Incluído pela Lei n. 11.418, de 2006).”

configuradas a partir do julgamento de questões de ordem apresentadas pelos ministros em plenário ou órgão especial⁶⁹.

Uma vez reconhecida a sua operacionalidade, o procedimento decidido na questão de ordem ganhava mais importância institucional, passando a ser incorporado ou reforçado em portaria ou resolução⁷⁰.

Depois desse estágio, aprimorado e ainda mais operante, a regulamentação até então realizada adentrava o regimento interno⁷¹.

Já cristalizados o entendimento e o processamento dos feitos sob essa dialética de “tentativa e erro”, os preceitos anteriormente produzidos vão servir de base normativa para a implementação do requisito quando da sua regulamentação, enfim, por lei federal discutida e aprovada no parlamento⁷².

Daí a nossa observação de que o caminho evolutivo dessa normatização é peculiarmente sinuoso. Entre idas e vindas normativas, na contramão da regulamentação ordinária de determinada situação jurídica, essas “protonormas” atuam como um “embrião” em pleno desenvolvimento. Vão evoluindo para as categorias com *status* normativo maior, até serem apresentadas ao parlamento como uma proposta legislativa que já deu e continuará dando certo.

3.5.1 Os enunciados administrativos

Podemos afirmar, *mutatis mutandis*, que situação parecida se deu com a edição dos enunciados administrativos pelo Superior Tribunal de Justiça, realizada às vésperas da vigência do novo CPC.⁷³

⁶⁹ V.g. No STF: **QO-AI 664.567**, Pleno, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, j. 18/6/2007, DJe 6/9/2007: exigência de preliminar formal de repercussão geral, inclusive para os casos penais; **QO-AI 715.423**, Pleno, Rel. Ministra Ellen Gracie, j. 11/6/2008, DJe 24/10/2008: abrangência dos efeitos da RG a todos os recursos, inclusive os distribuídos antes da exigência da preliminar formal de RG (aplicação dos §§ 1º e 3º do art. 543-B do CPC/1973, e não aplicação do § 2º nessas hipóteses); **QO-RE 540.410**, Pleno, Relator Min. Cezar Peluso, j. 20/8/2008, DJe 17/10/2008: devolução dos autos para aplicação da sistemática do art. 543-B; e, **QO-AI 760.358**, Pleno, Rel. Ministro Gilmar Mendes, j. 19/11/2009, DJe de 19/2/2010: não cabe agravo de instrumento contra decisão que aplica a sistemática da repercussão geral. Decidiu-se, ainda, pela devolução dos autos para julgamento do agravo de instrumento como regimental. No STJ, **QO no AG 1.154.599/SP**, Corte Especial, Rel. Ministro Cesar Rocha, j. 16/2/2011, DJe de 12/5/2011: “Não cabe agravo de instrumento contra decisão que nega seguimento a recurso especial com base no art. 543, § 7º, inciso I, do CPC.”

⁷⁰ V.g. as Portarias n. 177/2007 e 138/2009, que orientavam sobre a devolução e o sobrestamento dos processos múltiplos, distribuídos ou não, nos casos em que o exame da repercussão geral, seja de admissibilidade ou de mérito, encontrava-se pendente perante o STF. No STJ, destacam-se a Res. n. 8/2008 e a Res. n. 5/2013.

⁷¹ V.g. no RISTF: arts. 21, § 4º; 328 e 328-A.

⁷² V.g. CPC/2015: arts. 1.030, *caput* e § 5º, e 1.042.

⁷³ A propósito, interessante crítica sobre os enunciados administrativos do STJ foi apresentada por Nunes e Bastianetto. **A regulação jurisdicional anômala do processo: função administrativa atípica e processo constitucional**. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPRO. ano 25, n. 100, out/dez 2017, p.113-128.

Naquela oportunidade, o plenário dos ministros do STJ se reuniu para definir alguns aspectos muito relevantes e impactantes para a implementação das disposições do novel CPC nos recursos distribuídos àquela Corte, especialmente: qual seria o recorte temporal a ser admitido para sua vigência (Enunciado Administrativo n. 1); quais requisitos de admissibilidade deveriam ser exigidos e para quais recursos (Enunciados Administrativos n. 2 e 3); sobre a sanabilidade dos vícios (Enunciados Administrativos n. 5 e 6) e da condenação ao pagamento de honorários sucumbenciais recursais (Enunciado Administrativo n. 7)⁷⁴.

Observem que situação inusitada: o pleno do STJ, reunido em sessão “administrativa” solene, na qual não havia nenhum processo judicial em pauta para apreciação⁷⁵ nem voto vencido⁷⁶ e a ata da sessão respectiva não reproduz nenhuma fundamentação a respeito da inclinação da Corte para o entendimento *a* ou *b* (ou *c*, ou *d*, ou *e*)⁷⁷, sem contar com a participação de nenhuma entidade extramuros que pudesse colaborar na representatividade adequada de atores sociais para aquele debate, aprovou, peremptoriamente, enunciados administrativos que passaram a regular, sem mais questionamentos, a aplicação do CPC/2015 acerca dos temas retromencionados.

⁷⁴ Íntegra dos enunciados administrativos disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Leis-e-normas/Quadro-comparativo-do-novo-CPC/Enunciados-administrativos> Acesso em 30 ago. 2022.

⁷⁵ Em contato com o responsável pelo encaminhamento, preparação e documentação da sessão do pleno, ele nos informou que, desde a edição dos enunciados administrativos, apenas um advogado ligou perguntando a respeito do número do processo judicial respectivo em que as deliberações do plenário foram tomadas.

⁷⁶ Teria sido uma espécie de redação *per curiam* de deliberação colegiada? Ver item 4.6 *infra*.

⁷⁷ Só para se ter uma ideia, apenas em relação à data da vigência do novo CPC (interpretação do art. 1.045), havia quatro propostas de termo inicial, que, à medida em que a discussão avançou, foram sendo superadas e abandonadas pelos seus defensores para que o Pleno daquela Corte Superior pudesse se pronunciar, em voz única, sem vencidos ou vencedores, mas com uma diretriz firme que sinalizou à comunidade jurídica a leitura feita pelo seu legítimo intérprete. Lembrando das palavras do Ministro Marco Aurélio Bellizze que, em nome da segurança jurídica, sempre afirma nas sessões de julgamento que “*é melhor que os ministros da corte errem juntos*”, até que chegue um momento em que todos possam porventura evoluir, também juntos, do que a dispersão de entendimentos de cada integrante, essa sim nociva à segurança jurídica. Princípio semelhante pode ser encontrado na máxima do Justice Brandeis “*in most matters it is more important that [the question] the law be settled than that it be settled right*” (*apud* Schauer. **Thinking [...]**. 2012, p. 43). Ver, também, Marinoni e Mitidiero. **Recurso extraordinário e recurso especial [...]**. 2. ed. São Paulo, Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 161.

4 RACIOCINANDO COM PRECEDENTES: COMO ENTENDER A FUNDAMENTAÇÃO DOS JULGADOS DAS CORTES SUPERIORES E REPLICÁ-LOS

Uma diligente e constante reedificação e ampliação do direito, que cuida que a atividade jurídica conserve a sua solidez, sem perder flexibilidade, forma o núcleo peculiar da arte do direito.

(Theodor Viehweg⁷⁸)

4.1 O PAPEL DA ANALOGIA NO ARGUMENTO JURÍDICO E A FUNÇÃO INSTITUCIONAL DAS CORTES DE VÉRTICE

Os países de tradição anglo-saxã, berço do *Common Law*, têm no precedente a sua principal fonte de Direito. Já os países de tradição romano-germânica, de onde se originou a *Civil Law*, têm na lei a sua fonte formal primeira de criação do Direito.

Esses dois grandes sistemas jurídicos, *Common Law* e *Civil Law*, há tempos vêm esboçando uma certa admiração recíproca e, por isso, um movimento de aproximação mútua de seus principais institutos⁷⁹. Nos países de *Common Law*, cada vez mais se editam regras escritas (*statutes*). Por sua vez, nos países de *Civil Law*, experimenta-se raciocinar por meio de precedentes (*from case by case*).

Esse movimento teve reflexos no sistema processual civil brasileiro, observado também na superação do CPC/1973 pelo CPC/2015.

Isso impactou a missão institucional das cortes de vértice, STF e STJ, agora expressamente chamadas a instituir precedentes que deverão ser observados pelos demais juízes e tribunais, conforme previsão do art. 927 do CPC/2015.

Esse fenômeno já havia sido percebido por Marinoni⁸⁰, em especial quando pontua que as Cortes Superiores já tinham a missão de, a partir do julgamento dos recursos, buscar a instituição de precedentes, cujas razões de decidir (*rationes decidendi*⁸¹) deveriam ser

⁷⁸ Tópica e jurisprudência. Trad. de Tércio S. Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 87.

⁷⁹ Sobre o tema, Luiz Guilherme Marinoni: **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. Revista de Processo - RePro, v. 34, n. 172, jun/2009, p. 175-232.

⁸⁰ *Op. cit.* **O STJ enquanto corte de precedentes** [...]. 2.ed. São Paulo: RT, 2014, p. 162 e ss.

⁸¹ Mitidiero (2017, p. 127-128) explica que: “A *ratio decidendi* da questão é um dispositivo (*norm, rule, principle* – várias são as denominações utilizadas pela doutrina) devidamente interpretado e argumentado (isto é, devidamente caracterizado na justificação da decisão como uma *reason*).

replicadas para os casos semelhantes, com vistas à observância da igualdade, da imparcialidade, da coerência do direito e da segurança jurídica, corolários do Estado de Direito.

4.2 O RACIOCÍNIO POR PRECEDENTES E POR ANALOGIA NA *COMMON LAW*: A IMPORTÂNCIA DA DEFINIÇÃO DA QUESTÃO

Turow, em narrativa autobiográfica, descreve as suas impressões como aluno do primeiro ano da Faculdade de Direito de Harvard (Harvard Law School – HLS), nos idos de 1975, em Cambridge, Massachusetts⁸²:

É durante o primeiro ano que se aprende a interpretar um caso, formular uma argumentação legal, distinguir ideias que parecem indistinguíveis; é a ocasião em que você começa a absorver a linguagem do direito, repleta de palavras como *estoppel* (embargo) e *replevin* (restituição de bens sob caução prestada em juízo). É durante o primeiro ano, costumam dizer, que se aprende a pensar como um advogado, a desenvolver certas condições mentais e uma perspectiva do mundo que o acompanharão ao longo da carreira

[...]

O primeiro ano nas faculdades americanas tende a ser extraordinariamente invariável. O sistema de estudo pouco mudou no último século. Quase todo estudante do primeiro ano deve fazer (como eu fiz) o que se considera em geral os temas básicos – o Direito de Contratos, Responsabilidade Civil e Propriedade, o Direito Penal, Processo Civil. O método de ensino também não varia muito de um lugar para outro. Concentra-se em casos judiciais selecionados, dos quais os estudantes devem deduzir os princípios legais, e as aulas são geralmente conduzidas pelo chamado “método socrático”, em que os estudantes são individualmente interrogados a fundo sobre suas impressões acerca do material.

Ao longo das páginas desse livro, é interessante perceber a evolução do autor mediante a leitura e discussão dos casos selecionados pelos professores, pois ele passa a desenvolver uma “habilidade especial” para interpretar, argumentar e distinguir a partir do estudo de casos já julgados (precedentes), sob os mais variados aspectos filosóficos, políticos, econômicos e outras preocupações pragmáticas, técnica antes desconhecida e relatada por ele como um período de sofrida adaptação.

Mais especificamente, esclarece Turow⁸³ que o teste típico da faculdade nesse período é a “definição da questão”, em que:

É apresentada uma longa narrativa, envolvendo uma complexa sucessão de acontecimentos e diversos atores. O exame, em geral, instrui o aluno a se

⁸² Scott Turow. **O primeiro ano: como se faz um advogado**. Trad. de A. B. Pinheiro de Lemos. 7ª edição. Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 11-12.

⁸³ *Idem*. Scott Turow. **O primeiro ano [...]**. Trad. de A. B. Pinheiro de Lemos. 7ª edição. Rio de Janeiro: Record, 2002, p. 138.

colocar na posição de um associado de firma de advocacia que foi chamado a trabalhar no caso, através de um memorando de um sócio sênior, descrevendo as questões legais envolvidas.

Inevitavelmente, a narrativa foi desenvolvida de tal maneira que os fatos se enquadram nos limites de dezenas de categorias legais. Uma interpretação variante de um único detalhe pode produzir uma mudança, como um passe de mágica, nas questões e muitas vezes no resultado da causa. Para o estudante, o trabalho é analisar rapidamente a situação para tentar definir a medida interminável de leis aplicáveis e também descrever as implicações de usar uma lei em vez de outra. Como um bom advogado, o estudante deve ser capaz de argumentar nos dois lados da questão.

No sistema adversarial americano, a construção do caso é uma das primeiras trincheiras em que a disputa judicial é travada. Digladiando-se em mínimos detalhes para aferir quem tem os melhores trunfos para provar determinados aspectos do caso, depois de bem estabelecida a situação fática, isto é, montado o quebra-cabeças do fato⁸⁴ e as implicações que daí decorrem⁸⁵, é que se passa à fase da aplicação do direito (ou de precedente) à hipótese *sub judice*.

O CPC/2015 determina que, não sendo o caso de julgamento antecipado, cabe ao juiz, por meio de decisão de organização e saneamento, além de outras importantes providências⁸⁶, delimitar as questões de fato sobre as quais recairão a atividade probatória e as questões de direito relevantes para a decisão de mérito.

Essa decisão é muito importante e servirá como mapa para orientar a condução do processo em contraditório dinâmico até a sua solução final, inclusive, para delimitar a necessária congruência com a interposição dos recursos extraordinários *lato sensu*, pois, desde logo, estarão fixadas as questões, isto é, os pontos controvertidos, salvo se surgirem questões supervenientes no desenvolvimento da relação processual.

Na tradição inglesa, Lamond⁸⁷ ensina que precedente e analogia são as duas formas principais e complementares do argumento jurídico. Ambos envolvem uma decisão anterior sendo seguida por uma posterior. No caso do precedente, em casos iguais; na analogia, semelhantes. O autor esclarece que o raciocínio jurídico (práticas institucionais) dá um peso ao

⁸⁴Luís Greco já profetiza que “[o] melhor seria imaginar a situação em que todas as questões de fato estão de antemão resolvidas (até porque talvez nem estejamos tão distantes do futuro distópico em que tudo o que historicamente ocorreu será comprovado com total segurança)”. **Poder de julgar sem responsabilidade de julgador [...]**. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 15.

⁸⁵ Nesse momento, quem tem a melhor versão do caso já passa a deter maior poder de barganha num eventual acordo. A outra parte, ciente de que prorrogar uma disputa em que as chances de vitória já não são tão boas, também passa a se inclinar para resolver a questão de forma consensual. A propósito: Garapon e Papadopoulos. **Julgar nos Estados Unidos e na França [...]**. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2008.

⁸⁶ CPC/2015: “Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: I - resolver as questões processuais pendentes, se houver; II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos; III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373; IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito; V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.”

⁸⁷ LAMOND, Grant. **Precedent and Analogy in Legal Reasoning**. 2016. Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/legal-reas-prec/>. Acesso em 25 set. 2022.

que foi decidido no passado, de modo que decidir o caso presente de forma diversa geraria inconsistência. Nesse contexto, afirma que precedentes e analogias ajudam a fortalecer a previsibilidade das decisões, ao mesmo tempo em que deixam espaço para os tribunais melhorarem a lei. Eles fazem isso de duas maneiras diferentes. Os precedentes são distinguíveis (e sujeitos a anulação), enquanto as analogias fornecem razões não conclusivas para se chegar a um determinado resultado (mediante a extensão da razão de decidir do precedente ao caso análogo).

Para o referido autor, nem todos os casos criam precedentes, mas apenas aqueles que exigem que os tribunais resolvam uma disputa sobre a lei, em uma decisão judicial que deve contemplar cinco aspectos: (a) relato do ocorrido; (b) identificação da questão legal; (c) raciocínio acerca da resolução adequada da questão; (d) decisão que resolve a questão; e (e) resultado/desfecho.

Se essas premissas estão corretas, pergunta-se: após o advento do CPC/2015, evoluímos no raciocínio por precedentes? Qual tem sido o papel do precedente e da analogia no raciocínio jurídico brasileiro e na função institucional das cortes de vértice?

4.3 SEGUINDO PRECEDENTES

Bustamante⁸⁸, ao advertir a respeito da insuficiência teórica das concepções tradicionais sobre o precedente judicial, destaca que é “inconcebível um sistema jurídico em que um precedente judicial possa ser tido como irrelevante para a fundamentação de uma decisão judicial”, seja nos países em que sua observância é obrigatória ou naqueles em que ela é meramente persuasiva.

Para ele, o ponto mais importante para estabelecer a diferença entre os *Common Law* e *Civil Law* não está no efeito vinculante, mas no método judicial de entender e aplicar os precedentes em cada um deles, isto é, deve-se comparar a atitude de ambos os juízes frente ao precedente, estendendo ou restringindo a aplicação de uma regra jurisprudencial por analogia ou por *distinguish*. Por esse motivo, ele defende não haver um “tipo de raciocínio” diferenciado ou uma “hermenêutica” diferenciada para a interpretação do precedente em cada uma das tradições jurídicas, destacando que a tese de que os juristas continentais buscam apenas se orientar por “regras” ou constituir precedentes meramente “interpretativos” dessas regras (que

⁸⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 275.

não tomam em conta os fatos e a suas características específicas “talvez revele [...] apenas uma teoria interpretativa defeituosa e uma cultura do precedente que não identifica devidamente os argumentos que integram a *ratio decidendi*”⁸⁹.

Há, porém, uma distinção relevante a se pontuar: é diferente o sentido de seguir precedentes no sistema jurídico do *Common Law* daquele observado no *Civil Law*, especialmente no Brasil.

Na *Common Law*, o juiz não está obrigado por lei a seguir precedentes⁹⁰. Na realidade, ele tem a faculdade de se recusar a fazê-lo se entender (e tiver bons fundamentos jurídicos para isso) que a aplicação do precedente no caso concreto poderia perpetrar uma injustiça⁹¹.

Todavia, ele se sente muito constrangido em aplicar o precedente (*self-constrained*) ao caso que estiver apreciando por dois motivos principais: (i) seguir precedentes é intrinsecamente bom^{92 93} e (ii) há um imperativo moral para respeitar precedentes que denota um apurado senso de coletividade⁹⁴. Agindo de outro modo, com certa frequência e sem justificativa considerável, o juiz passa a impressão de parcialidade e não é bem visto pelos seus pares e pelos órgãos superiores.

Assim, prevalece uma forte presunção *juris tantum* de que as decisões anteriores devem ser respeitadas, ressalvados os casos em que elas possam estar equivocadas ou desatualizadas, casos excepcionais em que o juiz terá um ônus argumentativo muito maior para demonstrar esse desacerto ou essa desatualização ao fundamentar a sua decisão.

Já no Brasil, não obstante haver previsão legal determinando a observância de determinados julgados pelos demais juízes e tribunais (efeito *ope legis*), a dispersão jurisprudencial parece ser mais corriqueira.

Apesar de obrigados pela lei, boa parte dos juízes parece pouco interessada em seguir precedentes, inclusive dos próprios órgãos judiciários e fracionários de que fazem parte (eficácia horizontal do precedente), sob a bandeira de que isso interferiria na sua independência funcional, que, bem vistas as coisas, deve lhe proteger contra ingerências externas à sua

⁸⁹ *Idem.* p. 289-292.

⁹⁰ Cf. Evaristo Aragão Santos. **Por que os juízes (no Common Law!) se sentem obrigados a seguir precedentes?** São Paulo: RT, 2014. p. 500.

⁹¹ Neil Duxbury. **The Nature and Authority of Precedent.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 170-171.

⁹² *Idem.* Duxbury. p. 168.

⁹³ *Idem.* Santos. p. 501.

⁹⁴ *Ibidem.* Santos. p. 507.

atividade judicante, nada que diga respeito à hierarquia funcional própria e interna do sistema judiciário ao qual esteja vinculado⁹⁵.

Para Rodriguez⁹⁶:

Quando pensam sobre um caso concreto, os juristas estão mais preocupados em apresentar suas opiniões pessoais sobre o problema que têm diante de si do que em demonstrar analítica e racionalmente a solução que defendem. Debater tal solução perante seus colegas também fica em segundo plano. Cada juiz parece se relacionar com a esfera pública de forma independente: sua individualidade está acima das eventuais “razões do Tribunal” que, aliás, não organiza os fundamentos dos votos em uma decisão coerente e tampouco impõe o dever de se elaborar um voto oficial da corte.

De outra parte, ao refletirem abstratamente sobre o direito, os juízes tendem a naturalizar os conceitos de que se utilizam, apresentando-os como a única solução possível para o problema que os ocupa, utilizando, para este fim, uma grande quantidade de argumentos de autoridade. E, também nesse caso, os juristas tendem a deixar de demonstrar analiticamente a correção de sua posição perante a esfera pública.

Agindo dessa forma, chegam a contrastar julgados anteriores dos tribunais superiores, sem competência e justificativa plausível para tanto. Por conseguinte, passam a prevalecer interesses individuais sobre o coletivo, o que tem sido causa de desigualdades, injustiças e retrabalho.

Por um lado, o sistema que obriga à observância de precedentes parece não encontrar a adesão necessária de seus juízes e tribunais (e dos demais operadores do direito que não se curvam diante de uma questão jurídica já definida por uma corte superior, recorrendo por recorrer, simplesmente para retardar o desfecho de uma demanda). De outro lado, aquele sistema que não se caracteriza por essa obrigatoriedade parece constranger mais os seus juízes a observar precedentes.

Como em um paradoxo, aquele que deveria estar vinculado acha-se livre; aquele que é livre, encontra-se voluntariamente preso. Esse paradoxo nos leva a duas perguntas: por que os

⁹⁵ Cf. Daniel Mitidiero: “A violação à interpretação ofertada pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça é uma insubordinação institucional da mais alta gravidade no Estado Constitucional. E isso não só pelo fato de existir uma divisão de trabalho muito clara entre Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes, mas fundamentalmente pelo fato de a violação ao precedente encarnar um duplo e duro golpe no Direito – a um só tempo, viola-se a autoridade da legislação, consubstanciada na interpretação a ela conferida, e viola-se a autoridade do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça como Cortes Supremas, constitucionalmente encarregadas de dar a última palavra a respeito do significado da Constituição e da legislação infraconstitucional federal. Nesse contexto, afastar-se do precedente deve ser visto como uma falta grave em relação ao dever judicial de fidelidade ao Direito. Em duas palavras: deve ser visto como uma evidente arbitrariedade”. **Cortes Superiores e Cortes Supremas [...]**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 112. Também nesse sentido: Marinoni. *Op. cit.* **O STJ enquanto corte de precedentes [...]**. 2.ed. São Paulo: RT, 2014, p.129.

⁹⁶ *Op. cit.* José Rodrigo Rodriguez. **Como decidem as cortes? [...]**. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2017, p. 14.

precedentes são seguidos no *Common Law* se a lei não obriga? Por que os precedentes não são religiosamente seguidos no *Civil Law* se há obrigatoriedade legal?

A resposta para essas questões pode passar pelo modo como os precedentes são formados e invocados num novo julgamento.

No *Common Law*, como numa teia, os precedentes vão sendo formados horizontalmente, de baixo para cima, de modo que até mesmo o julgado de um juiz singular pode constranger outro juiz singular vizinho de seu gabinete a seguir o precedente do colega.

No *Civil Law*, ao contrário, a formação é verticalizada e o sentido, inverso, de cima para baixo, isto é, quem cria os precedentes são as cortes de vértice e os tribunais e juízes inferiores é que lhes dão força ao replicá-los.

Não se está a defender que o sistema anglo-saxão seja melhor que o sistema brasileiro. No entanto, como se trata de um sistema jurídico que está em desenvolvimento há séculos, devemos prestar atenção à sua linha evolutiva teórico-pragmática.

Uma vez mais, invocamos a lição de Bustamante⁹⁷, que esclarece:

Inexiste, na maioria dos países de tradição jurídica continental, incluindo-se os países ibéricos e latino-americanos que buscaram inspiração nesses sistemas jurídicos, como o Brasil, uma cultura argumentativa do precedente judicial. Mas isso não significa, no entanto, que nós não sigamos precedentes judiciais ou que os precedentes judiciais sejam incapazes de guiar a conduta dos juristas práticos. Embora tenhamos uma prática de seguir precedentes, não há uma teorização sobre eles. Interpretamos esses precedentes de maneira acontextual, como se fossem regras gerais idênticas às normas promulgadas pelo legislador, procurando evitar justamente o processo necessário e imprescindível de comparar os casos e suas circunstâncias particulares, bem como a incidência dos princípios fundamentais do direito sobre eles.

Interessante observar que o estudo da teoria dos precedentes nos países de *Common Law* tem tocado a filósofos do direito e teóricos do direito. No Brasil, de modo geral, processualistas têm se incumbido dessa tarefa.⁹⁸

Desse modo, argumentar juridicamente por precedentes, no sistema anglo-saxão, perpassa uma questão filosófica em que, por meio de ferramentas dialéticas e hermenêuticas, são decompostas as categorias jurídicas e examinados, analiticamente, os fatos da causa, com vistas a extrair os seus fundamentos jurídicos e, assim, poder justificar indagações relativas à identidade e/ou à semelhança dos casos em cotejo, para, enfim, responder a três problemas filosóficos centrais: (i) quando dois casos são iguais para fins de precedente, (ii) quando são

⁹⁷ *Op. cit.* Thomas da Rosa Bustamante. **A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 293.

⁹⁸ Essa constatação é do Prof. Sérgio Cruz Arenhart e foi proferida na palestra “O Brasil adotou mesmo um sistema de Precedentes?”, no seminário “*Precedentes: Outros Olhares*”, realizado no Superior Tribunal de Justiça, em 5 nov. 2019.

semelhantes para fins de analogia e (iii) por que a decisão do caso anterior afetaria a decisão no caso posterior⁹⁹.

Passados mais de 6 (seis) anos de vigência do CPC/2015, apesar de alguma evolução na doutrina brasileira acerca dos precedentes, a prática jurídica dos tribunais parece indicar que estamos a fazer mais do mesmo, como se ainda estivéssemos no sistema do código processual revogado, continuando a apenas julgar recursos, e não instituir precedentes, como se tão somente tivéssemos substituído o processo de edição de súmulas de jurisprudência pelo de enunciados de teses repetitivas, retornando ao reducionismo da solução dos casos à edição de dispositivos contendo normas gerais abstratas.

Mas o que fazer para dar mais racionalidade aos julgamentos? Como fazer com que a *ratio decidendi* de um julgado de tribunal superior possa ser replicada para os casos iguais ou semelhantes pelos demais órgãos do Poder Judiciário? Como fazê-la operar um sistema de convergência argumentativa a partir da universalização de razões determinantes com vistas à igualdade de todos perante o Direito? Procuraremos responder essas indagações adiante.

4.4 CPC/2015 E MUDANÇA NA FUNÇÃO INSTITUCIONAL DAS CORTES SUPERIORES

O pensamento de Marinoni sinaliza, então, que é preciso “despir-se da corte velha”¹⁰⁰, porque não há mais como pensar as Cortes Supremas como Cortes de Correção. É hora, pois, de “abandonar os velhos hábitos, renovar o modo de pensar e revestir-se da corte nova”¹⁰¹, responsável pelo desenvolvimento do direito, ao lado do Poder Legislativo, a partir da interpretação dos textos legais sob o paradigma democrático constitucional e à luz da argumentação jurídica, colmatando as brechas de signo e de sentido (textos abertos e de valoração axiológica) do sistema jurídico.

A partir da definição interpretativa de sentido normativo para os textos legais, os integrantes do Poder Judiciário estariam vinculados àquelas razões de decidir (*rationes*

⁹⁹ LAMOND. *Op. cit.* **Precedent and Analogy in Legal Reasoning**. Edward N. Zalta (ed.). 2016.

¹⁰⁰ A referência da passagem de uma corte de revisão para a de interpretação é uma paráfrase ao texto bíblico contido no livro de Efésios, 4: 23-24, segundo o qual: “Quanto à antiga maneira de viver, vocês foram ensinados a despir-se do velho homem, que se corrompe por desejos enganosos, a serem renovados no modo de pensar e a revestir-se do novo homem, criado para ser semelhante a Deus em justiça e em santidade provenientes da verdade”.

¹⁰¹ *Idem*. Assim deve ser a postura institucional da alta administração das Cortes Superiores e seu corpo de ministros, isto é, devem permanecer vigilantes a todo tempo negando-se a se amesquinhar como terceira instância, seguindo os exemplos de outras cortes já referidos em que a mudança de atitude de seus presidentes e integrantes promoveu a elevação da corte a um outro patamar funcional de respeito e de aplicação de seus precedentes.

decidendi) para resolverem casos semelhantes, promovendo-se a igualdade de todos perante o Direito.

Marinoni defende, assim, uma ressignificação das funções das Cortes Superiores, que passariam da função corretiva de tutela da lei (com efeitos retroativos, somente para o recurso em julgamento, em que a interpretação do tribunal, mediante a reiteração dos julgados, declararia o sentido exato da lei) para uma função orientativa de tutela da igualdade de todos perante o direito interpretado (com efeitos prospectivos para toda a sociedade, em que o julgamento de um caso – precedente – colabora para o desenvolvimento do Direito, a partir da importância que é atribuída à fundamentação do acórdão – *ratio decidendi* – e à sua universalização a ponto de ter aplicabilidade vinculante aos casos semelhantes futuros)¹⁰².

Logo, sob essa perspectiva, publicado o acórdão, a *ratio decidendi* deveria ser clara e pronta para a sua replicação a casos futuros assemelhados.

Porém, o próprio Marinoni reconhece que a realidade não é tão colorida assim.

Além da dispersão de fundamentos que torna obscura a identificação do que seria *ratio decidendi* e *obiter dicta*, há ainda as decisões plurais¹⁰³, das quais não é possível extrair *ratio decidendi* nenhuma. Ambas as situações são uma realidade no sistema jurídico e, volta e meia, apesar da solução do recurso, não são aptas à formação de precedentes.

A propósito, no seu “Julgamento nas Cortes Supremas [...]”¹⁰⁴, Marinoni dedicou o segundo capítulo ao estudo do caso Metabel X União (STF, RE nº 590.809/RS, Plenário, relator Ministro Marco Aurélio, DJe de 24/11/2014, Tema n. 136 da Repercussão Geral) e à crítica da atribuição de efeito vinculante próprio da repercussão geral para um julgado que não atingiu a adesão da maioria do colegiado da composição plenária da Suprema Corte a fim de que o fundamento majoritário pudesse ser tido como uma razão de decidir (*ratio decidendi*) e, por isso, apta a vincular os julgamentos posteriores.

¹⁰² Cf. PEREIRA, Paula Pessoa. **Precedentes judiciais: uma justificação a partir da razão universalizável**. São Paulo: RT, 2014. p. 1.009-1.072. Autora também referida por Marinoni. *Op. cit.* **O STJ enquanto corte de precedentes [...]**. 2.ed. São Paulo: RT, 2014, p.106 e ss.

¹⁰³ Para Marinoni: “Decisão plural é uma decisão majoritária que contém em si duas rationes ou fundamentos determinantes, sem com que qualquer deles esteja amparado pela maioria do colegiado. Em outras palavras, uma decisão plural é majoritária quanto ao resultado, mas incapaz de gerar *ratio decidendi*, na medida em que nenhum dos fundamentos que nela estão contidos são sustentados pela maioria”. **O julgamento nas Cortes Supremas[...]**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 39.

¹⁰⁴ *Idem.* Marinoni. 2015, p. 33-58.

4.5 A POSTURA INSTITUCIONAL DA CORTE SUPERIOR NO CONTROLE DA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL: JURISPRUDÊNCIA X PRECEDENTE

Insanidade é continuar fazendo a mesma coisa e esperar resultados diferentes.
(Autor desconhecido)

Por definição, jurisprudência é a reiteração de julgados de um tribunal acerca de determinado assunto. O precedente, por sua vez, é um julgamento que deve servir de parâmetro para outro que lhe seja posterior, seja em perspectiva vertical ou horizontal, caracterizado pela competência do órgão julgador para definir a questão jurídica controvertida, pela racionalidade empregada na sua fundamentação e pela adesão da maioria do colegiado julgador às razões determinantes de caráter universalizante ou universalizável¹⁰⁵.

Nessa ordem de ideias, jurisprudência deve ser o produto de cortes de apelação, isto é, dos tribunais de segunda instância. Precedentes, por sua vez, devem tocar apenas às Cortes Superiores, na medida em que a elas é destinado o papel unificador do direito, isto é, definir, em última análise, a norma jurídica resultante da interpretação de texto legal de significação plúrima, e, também, de desenvolvê-lo, revogando precedentes equivocados ou posteriormente reconhecidos como desgastados.

Entretanto, pelo menos no âmbito do STJ, percebe-se que há certa confusão entre os institutos, de modo que, no mais das vezes, pela própria dinâmica em que os julgamentos acontecem, toma-se um pelo outro, pois, apesar de vocacionada a edição de precedentes, sempre se está a invocar a orientação jurisprudencial daquela Corte Superior como principal fundamento para as suas decisões e acórdãos, mormente acompanhada de uma série de ementas que corroborariam aquele entendimento, formando-se, assim, um argumento de autoridade, sem muita preocupação com o exame do inteiro teor desses julgados paradigmáticos (como dito, a fundamentação é baseada na simples transcrição de ementas), nem com a demonstração da sua pertinência para regular o caso em julgamento (tendo em vista os critérios definidores de sub ou superinclusão, bem como das proibições de excesso de arbítrio judicial e de proteção deficiente).

Essa postura advém de uma tradição cultural que, para começar, acredita-se, deita raízes na sua formação.

¹⁰⁵ Cf. nota de rodapé 102 *supra*.

É que, criado pelo Constituinte de 1988, o STJ aproveitou todos os 27 (vinte e sete) integrantes do Tribunal Federal de Recursos (TFR), que detinha, basicamente, a competência recursal ordinária da Justiça Federal, aos quais se somaram mais 6 (seis) ministros para a composição inicial do Tribunal da Cidadania.

Além de grande grupo dos ministros do STJ ter sido aproveitado da composição do TFR, um tribunal de segunda instância da Justiça Federal, também a semelhança de redação dos regimentos internos desses dois órgãos impressiona.

Basta uma leitura rápida para se perceber que a maioria dos dispositivos regimentais antigos foi transposta para o regimento interno do novo Tribunal Superior com idêntica redação, destacando-se apenas o acréscimo da Corte Especial, de mais uma seção especializada e da especificação do procedimento a ser adotado em algumas ações constitucionais (*habeas data* e mandado de injunção) e recursos específicos (embargos de divergência, por exemplo).

A força da tradição é tamanha que alguns colegiados maiores (como, por exemplo, a Segunda Seção do STJ) adotam a praxe de só julgar os casos ditos repetitivos se e quando houver jurisprudência sedimentada quanto ao tema no âmbito dos órgãos fracionários a ele vinculados (Turmas)¹⁰⁶.

Duas situações decorrem desse posicionamento: as Turmas, depois de decurso de tempo nem sempre tão sincronizado e razoável para apreciar a questão, poderiam passar a adotar entendimento convergente ou divergente sobre o tema.

No caso de entendimento convergente, o debate do órgão colegiado maior já estaria totalmente esvaziado e o julgamento do tema pelo colegiado maior só teria a função de ativar o efeito vinculante *ope legis* do art. 927, III, do CPC/2015 e, por conseguinte, a sistemática de julgamentos repetitivos já julgados (cf. art. 1.036 e ss. do CPC/2015). Tanto é verdade que, no STF, esse caminho já foi atalhado para o plenário virtual desde 2010 (cf. Emenda Regimental n. 42/2010).

Se o entendimento, ao contrário, resultasse divergente, seria necessário aguardar a interposição e o julgamento de outro recurso, os embargos de divergência, para, posteriormente, retomar o julgamento da questão repetitiva.

¹⁰⁶ Veja-se, a propósito, recente debate a esse respeito no âmbito da Segunda Seção, por ocasião do julgamento dos Recursos Especiais representativos de controvérsia n.1.894.504/SP e n. 1.891.498/SP (Tema repetitivo n. 1.095), em 14/9/2002, que levou à desafetação do primeiro deles. Julgamento transmitido no canal do STJ no Youtube (disponível a partir de 29 min da gravação; 14h21min no horário da sessão). Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=exThujMLpDo&list=PL4p452_ygmscySkaCAwNS6XYJ6HJ011AC&index=18. Acesso em 4 out. 2022.

Ora, esperar que a questão repetitiva seja resolvida no âmbito das Turmas para só então trabalhar para a formação do precedente não parece ser a melhor política judiciária.

Isso porque a afetação e o julgamento pelo colegiado competente para dar a última palavra sobre a questão configura exatamente o exercício e o desempenho da precípua função de uma corte de interpretação, qual seja, editar precedentes, mostrando-se descabida a demora no seu enfrentamento, bem como a outorga dessa competência específica para órgãos fracionários que não estão configurados para resolver a controvérsia de uma vez por todas.

Por que esperar pelo entendimento jurisprudencial de colegiados menores, seja ele convergente ou divergente (e, nesse último caso, a tendência é de que a espera seja ainda maior, pois dependerá de solução de embargos de divergência), se a questão já pode (e deve) ser apreciada de logo pelo órgão colegiado responsável pela edição de um precedente? Mais uma vez, a ordem natural das coisas parece encontrar-se invertida.

Outro ponto que merece destaque, ainda sob o aspecto cultural-estrutural pelo qual o STJ vem sendo forjado, é que, diante da avassaladora distribuição de processos¹⁰⁷, não sobra muito tempo aos ministros para pensar a respeito da melhor maneira de desempenhar as suas funções nos órgãos colegiados que integram, sobretudo para os mais modernos e recém-empossados, que, pela praxe, não costumam fazer parte das comissões permanentes do tribunal.

No dia seguinte à posse, o(a) novo(a) integrante será agraciado(a) com um acervo de milhares de processos e, como de costume, deverá estar a postos para participar de sessão ordinária, na qual deverá tomar assento e participar da apreciação de algumas centenas de recursos.

Seja o ministro mais antigo ou mais moderno, um titubeio e o seu acervo começa a crescer, de forma que o medo de que o caos se instale no gabinete produz o efeito de deslocamento da engrenagem com a grande força motriz que vem impulsionando a Corte há mais de 30 (trinta) anos, mas num ritmo cada vez mais acelerado: num movimento de “legítima defesa processual”, passa-se a dar vazão à produção em série de decisões monocráticas e de votos mais simples que as confirmam, aplicando-se, no mais das vezes, óbices sumulares e processuais (filtros negativos), bem como a jurisprudência dominante da Corte.

¹⁰⁷ O Ministro Sidnei Beneti cunhou a expressão “tsunâmi processual” para esse fenômeno (*Op. cit. Monocratismo, monologismo e colegialidade nos tribunais*. 2012. v. 3. p. 303-330).

Por analogia à reflexão de Freire¹⁰⁸, poderíamos até pensar estarmos diante de uma espécie de “jurisdição bancária”¹⁰⁹, na qual, antes mesmo de os processos chegarem, já haveria, no catálogo de óbices ou de jurisprudência dominante, uma resposta pronta no aguardo para simplesmente se confeccionar a decisão respectiva e, então, “depositá-la” na conta do recorrente.

Numa outra mirada, também é possível pensar que as decisões monocráticas operam como uma espécie de primeiro filtro recursal (negativo) que promove, por meio de muito esforço de todos os envolvidos (advogados, Ministério Público, servidores e ministros), uma forma de reciclagem, separando os processos que realmente mereciam atenção especial de uma Corte Superior daqueles que nem sequer deveriam ter sido ali admitidos.

Senão expungido pela pena do relator, somam-se a ela mais quatro pares de mãos (dos ministros vogais) para, via de regra, ajudar a empurrar, *in molto vivace*, aquele feito na fossa séptica processual do plenário virtual, segundo filtro recursal (negativo) apontado.

4.6 MOMENTOS E MODELOS DELIBERATIVOS

Mendes¹¹⁰ nos apresenta três fases deliberativas para as cortes constitucionais, cada qual com a sua respectiva tarefa fundamental a ser desempenhada pelo colegiado: (i) fase pré-decisional – tarefa deliberativa de contestação pública, (ii) fase decisional – tarefa deliberativa de engajamento colegiado e (iii) fase pós-decisional – tarefa deliberativa de produção da decisão escrita.

Em outro artigo, a propósito desses três estágios e suas respectivas tarefas, o autor esclarece¹¹¹:

[...] uma corte genuinamente deliberativa, de maneira curta e direta, é aquela que maximiza o raio de argumentos dos interlocutores ao promover contestação pública na fase pré-decisional; que estimula os juízes numa prática sincera de interação colegiada na fase decisional; e que redige uma decisão deliberativa na fase pós-decisional. Em outras palavras, quando alguém se propõe a verificar se uma corte constitucional está cumprindo com seus deveres deliberativos, deve voltar sua atenção

¹⁰⁸ Paulo Freire (1921-1997). **Pedagogia do oprimido** [recurso eletrônico]. 1. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013, p 64 e ss: “Em lugar de comunicar-se, o educador faz ‘comunicados’ e depósitos que os educandos, meras incidências, recebem pacientemente, memorizam e repetem. Eis aí a concepção ‘bancária’ da educação, em que a única margem de ação que se oferece aos educandos é a de receberem os depósitos, guardá-los e arquivá-los. [...] Na visão ‘bancária’ da educação, o ‘saber’ é uma doação dos que se julgam sábios aos que julgam nada saber.”

¹⁰⁹ A propósito, Daniela Marques de Moraes afirma que: “Não se pode pensar em tutela do direito sendo prestada por um juiz espectador, preocupado com a recomposição do passado. Ao contrário, pressupõe um magistrado que possa emitir ordens e fazê-las cumprir.” **A importância do outro para a democratização do acesso à justiça**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2015, p. 155.

¹¹⁰ MENDES, Conrado Hübner. **Constitucional courts and deliberative democracy** (2013). Nova Iorque: Oxford University Press, 2015, p. 105.

¹¹¹ *Op. cit.* Conrado Hübner Mendes. **O projeto de uma corte deliberativa**. São Paulo: Sbdp/Malheiros Editores, 2012, p. 60-61.

para as interações escrita e face-a-face entre juízes e interlocutores, em seguida para a troca argumentativa entre juízes e, finalmente, para a decisão escrita entregue ao público. Cada fase merece um exame próprio, a partir dos parâmetros apropriados. Uma corte constitucional, em suma, molda três espaços de deliberação. Cada um deles deve estar sujeito a padrões deliberativos exigentes. Nas fases pré e pós-decisionais, a instituição interage com a esfera pública. Espera-se que interlocutores sejam participantes ativos nessas fases, apresentando suas reivindicações, argumentos e, mais tarde, submetendo a decisão final a um escrutínio rigoroso. Na fase decisional, por sua vez, há uma deliberação intramuros entre juízes, e interlocutores tornam-se espectadores.

Para ele, a corte deve estar aberta, pois, a receber os argumentos dos seus interlocutores e debatê-los em profundidade entre os seus pares, com vistas a elaborar uma decisão final que possa orientar o julgamento de casos que envolvam a mesma questão jurídica controvertida. Essa postura dialética e participativa, tanto intra como extramuros, enfim, é o que se espera de uma corte colegiada que se respeita, respeita os seus integrantes e os seus concidadãos.

Na fase pós-decisional, dois grandes modelos de apresentação institucional dos resultados da deliberação colegiada são apontados pela doutrina: o de texto único (*per curiam*) e de texto composto (*seriatim*).

Segundo Vale¹¹²,

[...] a expressão latina *per curiam* significa “pelo tribunal” e é assim utilizada para dar significado aos processos decisórios que, resultando em posições unânimes ou por maioria de votos do colegiado de juízes, devem ser sempre apresentados ao público como sendo a expressão unívoca do órgão judicial considerado como uma unidade institucional indivisível, desconsideradas as posições individuais dos membros do colegiado.

O autor aponta, ainda, que o modelo *per curiam* está intimamente relacionado com aqueles de deliberação fechada ou secreta, pois desconsidera os debates, as divergências internas e as posições individuais externadas no momento da decisão¹¹³.

No ordenamento jurídico brasileiro, é importante observar que não há proibição de se utilizar o sistema de votação secreto ou fechado; porém, se for o caso, é necessário que a escolha desse modelo deliberativo seja precedida de lei, em que seja reconhecido interesse social na restrição dos atos processuais respectivos, consoante o disposto no inciso XL do art. 5º da Constituição Federal (CF).¹¹⁴

¹¹² VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional** [...]. São Paulo: Almedina, 2019, p. 142.

¹¹³ *Idem*. p. 143.

¹¹⁴CF/1988: Art. 5º. [...] “LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

Na Suprema Corte Americana, foi a partir de 1801, sob a presidência do *Justice Marshall*¹¹⁵, que a *opinion of the Court*¹¹⁶ passou a ser oficialmente proclamada em uma única voz (*speak in one voice*). Ele mesmo foi redator de 24 dos 26 casos julgados nesse período.

Já o modelo *seriatim* “[...] se caracteriza pela produção de um agregado das posições individuais de cada membro do colegiado, cujos votos são expostos ‘em série’ em um texto composto (...) como uma proclamação sucessiva de decisões individuais.”¹¹⁷. Essa modelagem está mais afeita ao sistema de deliberação aberta ou pública¹¹⁸.

¹¹⁵Considerado o pai da moderna Suprema Corte (cf. Marinoni, **O julgamento nas Cortes Supremas [...]**.2015, p. 66).

¹¹⁶ *Ibidem*. André Rufino do Vale. 2019, p. 146. Ver também: Marinoni, *Op. cit.* **O julgamento nas Cortes Supremas [...]**. 2015, p. 66.

¹¹⁷*Op. cit.* André Rufino do Vale. 2019. p. 149.

¹¹⁸*Op. cit.* André Rufino do Vale. 2019. p. 149.

5 LIMITAÇÕES QUE OBSTACULIZAM O DESEMPENHO, PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, DAS FUNÇÕES DE CORTE DE VÉRTICE

Filtros recursais, numa Corte de correção ou de tutela da lei, constituem máscaras que escondem uma mera vontade de reduzir a carga de trabalho, o que acaba por não ter racionalidade em face do ius litigatoris.

(Luiz Guilherme Marinoni¹¹⁹)

5.1 LIMITAÇÕES INSTITUCIONAIS

5.1.1 A importância do silêncio da corte

É salutar frisar a importância do filtro para também dizer “não”, isto é, para realçar o silêncio da corte acerca daquela questão que não apresenta, pelo menos até aquela oportunidade, repercussão ou relevância para ser de pronto examinada pela Corte Superior¹²⁰.

Não é só inviável, mas impossível a pretensão de se pronunciar sobre toda e qualquer questão federal infraconstitucional. O STJ deve ser seletivo e atento a uma agenda de prioridades para o exame da relevância.

É sobretudo por intermédio de muitas negativas de relevância que sobrarão outras (as mais importantes) para que a Corte Superior possa promover “a uniformidade de interpretação como meio de controle da legalidade.”¹²¹

O controle da legalidade está para o STJ assim como o da constitucionalidade está para o STF.

Em ambas as Cortes, deve ser ponderado de acordo com a sua capacidade de enfrentamento dos temas selecionados e, doravante, eleitos para a composição da sua agenda de julgamentos.

¹¹⁹ **Da Corte que declara o “sentido exato da lei” para a Corte que institui precedentes.** São Paulo: RT, 2014, p. 737.

¹²⁰ Marinoni, ao comentar sobre o silêncio do STF nos casos em que apreciada a repercussão geral, esclarece que: “[...] o instituto da repercussão geral não foi delineado apenas para dar à Corte oportunidade de escolher os casos importantes à formação de precedentes. O problema da função da Corte é mais abrangente do que o de decidir para atribuir sentido à Constituição, de modo que o Supremo Tribunal Federal também deve usar de forma virtuosa do seu poder de não decidir diante de casos que expressam situações que devem ser discutidas pelas pessoas ou contar com a deliberação parlamentar mediante um ‘segundo olhar’. Isso significa que a repercussão geral não só confere à Corte poder para não decidir e, conseqüentemente, escolher casos relevantes e adequados para bem decidir e formar precedentes, mas também para não decidir de modo a que a interpretação constitucional possa ser encontrada mediante a devida participação das pessoas e do diálogo institucional.” (**Processo Constitucional e Democracia**, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. RB-13.1).

¹²¹ A feliz expressão é de Marinoni. *Op. cit.* **O STJ enquanto corte de precedentes [...]**. 2.ed. São Paulo: RT, 2014, p.66 e ss.

Com o tempo, vão sendo definidas as questões mais relevantes e, com isso, fecham-se as portas da Corte Superior para o trânsito de recursos inoportunos ou oportunistas.

Porém, é de se ponderar que, negado o reconhecimento da relevância num primeiro momento, até porque o debate sobre a questão federal pode ainda não se encontrar maduro o suficiente nas instâncias de origem, persistindo a discussão no seio da comunidade jurídica, talvez seja o caso de, em futura manifestação, aquela questão federal vir a ter a sua relevância reconhecida e o mérito julgado pela Corte Superior. De igual modo, deve-se ter espaço para questionar a sustentação de precedente porventura desgastado ou superado pela dinâmica social.

Dito de outro modo, a divergência inicial nas instâncias de origem também é saudável para o desenvolvimento do Direito, o que não pode ocorrer é que, depois de estabelecido o precedente pela Corte Superior, a questão que deveria estar resolvida e a orientação firmada pronta para ser seguida, deixar de ser observada, tanto pelas cortes ordinárias (efeito obrigatório vertical) como pela própria Corte Superior (efeito obrigatório horizontal), sem que haja boas justificativas devidamente registradas para tanto.

5.1.2 O fetiche do prequestionamento. A perda de uma chance de o STJ se afirmar como corte de precedentes com a interpretação conferida ao art. 1.025 do CPC/2015

Sob a vigência do CPC/2015, os recorrentes se valiam da estratégia recursal de se arguir negativa de prestação jurisdicional por parte do tribunal *a quo* para induzir o prequestionamento da matéria.

Assim, depois de opostos embargos de declaração ditos prequestionadores, alegavam, preliminarmente, em seu recurso especial, violação do art. 535 do CPC/1973.

No CPC revogado, em atividade típica de corte de revisão, o STJ controlava a jurisdição do tribunal de apelação, na sua acepção de atividade, de modo a avaliar se a conduta do tribunal *a quo*, na apreciação do recurso lá interposto, havia se dado a contento.

Reconhecido o vício procedimental, cassava-se o acórdão impugnado, determinando-se o retorno dos autos para que outro fosse proferido em seu lugar. Essa dinâmica fazia sentido no regime anterior, sendo consentânea com o disposto na Súmula n. 211/STJ, especialmente no que diz respeito ao atendimento do requisito do prequestionamento.

Já sob a égide do novo diploma processual, as partes recorrentes mantiveram essa postura, só que agora passaram a pleitear a nulidade do acórdão recorrido, sob a alegação de violação da regra do art. 1.022.

Diante da redação do seu novo art. 1.025, sem correspondência na legislação anterior, o STJ levou um tempo para analisar se remanesceria a necessidade de oposição dos chamados “embargos de declaração prequestionadores” e, infelizmente, acabou concluindo que, mesmo sob a égide do novo CPC, ela seria necessária, bem como que, permanecendo a omissão, deveria ser alegada violação do disposto no art. 1.022 do CPC/2015.¹²²

Dizemos infelizmente porque se deixou escapar mais uma oportunidade incrível para que o STJ se afirmasse como corte de interpretação, e não mais de revisão. Explica-se melhor.

Na dinâmica processual anterior¹²³, sob a lente de uma corte de revisão, era mesmo necessário forçar o prequestionamento, inclusive mediante a oposição de declaratórios prequestionadores (e posterior alegação de negativa de prestação jurisdicional – art. 535 – no recurso especial), porque, para se revisar e controlar o entendimento judicial do tribunal *a quo* era necessário que ele se pronunciasse a respeito da questão federal. Assim, pela lógica da sistemática anterior, não seria possível controlar o pensamento do tribunal de apelação se ele não estivesse manifestado expressamente no acórdão impugnado.

Já o CPC/2015 deu a deixa da mudança na redação do art. 1.025¹²⁴, ao admitir o denominado “prequestionamento ficto”, já consagrado no entendimento do STF (Súmula n. 356), segundo o qual basta a oposição dos declaratórios para que se considere prequestionado o ponto omissivo do acórdão recorrido (interpretação *a contrario sensu* do verbete sumular).

Ora, se a corte de vértice é aquela a quem compete a interpretação final dos dispositivos legais ditos violados, uma vez decidida a causa, eventual omissão perpetrada pelo tribunal de origem, deixando de se manifestar acerca de tema efetivamente suscitado pela parte recorrente, deve ser entendida apenas como a perda da chance de aquele tribunal contribuir para o repertório de argumentos e fundamentos que serão levados em conta pela corte superior para a edição do precedente.¹²⁵

¹²² A propósito, confirmaram-se os julgados seguintes: REsp n. 1.644.163/SC, Segunda Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, j. 28/3/2017, DJe de 19/4/2017; e REsp n. 1.639.314/MG, Terceira Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 4/4/2017, DJe de 10/4/2017.

¹²³ Em outra oportunidade, defendemos esse posicionamento: PEREIRA, André Luiz Salge. **O prequestionamento no Superior Tribunal de Justiça: proposta de critérios objetivos para a sua configuração**. BDJur, Brasília, DF, 5 dez. 2008. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/19076>. Acesso em 22 set. 2022.

¹²⁴ “Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.”

¹²⁵ Veja-se: Marinoni e Mitidiero, para quem o “cabimento do recurso extraordinário não está condicionado ao prequestionamento”; apenas “consagrou-se, na prática, a utilização do termo prequestionamento para designar a presença da causa constitucional ou da causa federal na decisão recorrida” (*op. cit.* **Recurso extraordinário e recurso especial** [...]. 2. ed. São Paulo, Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 107). Contra: SILVA, Eraldo Melo da. **Da inconstitucionalidade do prequestionamento ficto previsto no novo Código de Processo Civil**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. v. 130. ano 30. p. 13-31. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2022.

Assim, não deve a corte superior se preocupar com o que entendeu ou entenderia o tribunal de apelação a respeito da controvérsia, visto que é dela a competência para definir a norma do caso, orientando prospectivamente não só as partes do recurso examinado, mas toda a sociedade, dissipando eventuais dúvidas e divergências, tornando o ambiente jurídico estável, previsível e seguro doravante.

Nessa linha de raciocínio, bastaria o cumprimento ritualístico da oposição dos declaratórios para se ter por prequestionada a matéria, na medida em que o raciocínio desenvolvido pelo tribunal *a quo*, condição *sine qua non* para cortes de revisão, é totalmente dispensável em cortes de interpretação.

Ademais, superada a perspectiva revisional da corte de vértice, omisso o tribunal de origem, a única consequência é que ele perde a chance de lançar seus fundamentos à apreciação da questão federal perante a corte superior.

Dessa forma, estando discutida a questão, não fica desatendido o requisito do prequestionamento nem se faz necessária a alegação de ofensa ao art. 1.022, porquanto desnecessário o seu pronunciamento expresso.

Também não há falar em cassação de acórdão para novo pronunciamento do tribunal de origem sobre a questão, de modo que é o recurso o veículo indispensável para trazer a controvérsia à apreciação da corte superior, observada, se for o caso, a oposição de embargos declaratórios para efeito de prequestionamento.

Nesse sentido, Marinoni, invocando a lição de Taruffo, ensina que “quando o recurso abre oportunidade para a Corte atuar, a solução do caso concreto é um pretexto para a Corte se desincumbir da sua real missão.”¹²⁶

Sob esse aspecto, outra saída mais ortodoxa que poderia ser adotada é a afetação de um recurso especial como representativo de controvérsia ou mesmo o reconhecimento da relevância da questão federal infraconstitucional quanto ao disposto nos arts. 489 e 1.022 do CPC/2015, à moda do que fez o STF relativamente ao art. 93, IX, da CF¹²⁷. Com isso, a competência para o exame de conformidade com o entendimento do STJ acerca de eventual negativa de prestação jurisdicional ou de deficiência na fundamentação do acórdão tocaria ao órgão responsável pelo juízo de admissibilidade do recurso especial perante os tribunais de origem.

¹²⁶ TARUFFO, Michelle. **Corti Supreme: Accesso, filtri e selezione. Le Corti Supreme.** Milano: Giuffrè, 2001. p. 92 e ss. (*apud* Marinoni, Luiz Guilherme. **Julgamento colegiado e precedente.** Revista de Processo. v. 264. ano 42. p. 357-394. São Paulo: Ed. RT, fev. 2017, p. 360).

¹²⁷ Tema n. 339 da Repercussão Geral. Pleno, Rel. Ministro Gilmar Mendes, j. 23/6/2010, DJ 13/8/2010.

Nesse propósito, deve-se promover a ressignificação do recurso especial como veículo das teses jurídicas relevantes, de modo que o requisito do prequestionamento, na forma como exigido no CPC/1973, perde sentido, na medida em que à corte de vértice não mais interessa saber o que pensou o tribunal de origem para, assim, poder controlar o seu raciocínio mediante a função de corte de revisão.

Isso explica o entendimento cristalizado na Súmula n. 320/STJ na égide do CPC revogado, segundo a qual “a questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento”.

Ora, se a função da corte superior era de revisão, não importa saber a linha de raciocínio do voto vencido, bastando, pois, para o exercício do controle de legalidade do acórdão recorrido, saber o pensamento majoritário do tribunal de origem.

De outra parte, a nova redação do § 3º do art. 941 do CPC/2015 passou a determinar que “o voto vencido será declarado necessariamente e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de prequestionamento”.

Veja-se como uma semente de corte de interpretação foi ali plantada, e o STJ não se deu conta disso. Na realidade, o voto vencido tem valor para fins de prequestionamento, porque ele analisa a questão federal controvertida sob outro prisma interpretativo, chegando a entendimento também diverso, e talvez relevando outros fatos materiais desconsiderados pela corrente majoritária. Assim, ele vem a contribuir para aumentar o repertório de argumentos/fundamentos possíveis para a corte superior avaliar, naquele contexto, qual seria a melhor interpretação¹²⁸.

Somados a outros recursos especiais também selecionados para o enfrentamento da questão, proporciona-se uma representatividade mais adequada e argumentação abrangente, inclusive no que se refere à definição do contexto fático objeto de pronunciamento.

Assentada a função do STJ como corte de precedentes, não mais se justifica a exigência de requisitos de admissibilidade recursal que podem ser relativizados e superados na hipótese de a questão federal se apresentar relevante.

Em princípio, apenas a intempestividade e a falta de esgotamento de instância nos parecem vícios intransponíveis, pois acarretariam o trânsito em julgado do acórdão recorrido.

¹²⁸ Conforme Marinoni, o voto vencido deixa de ser encarado como divergência pessoal e passa a manifestar o dissenso em nome da sociedade [plural]. (*Op. cit.* **O julgamento nas Cortes Supremas**[...]. 2015, p. 39). Assim, é como se o voto que não prevaleceu perante o colegiado da apelação tivesse ainda voz para representar parcela da sociedade que comunga daquele ponto de vista regionalmente minoritário, mas que pode ganhar corpo e força no âmbito nacional, na medida em que pode influenciar o julgamento da corte superior.

Talvez ainda a falta de impugnação de fundamentos do acórdão atacado também leve a esse mesmo raciocínio e venha a acarretar o não conhecimento do recurso.

Outros defeitos, todavia, vistos como menos gravosos, a exemplo do preparo, cadeia de procurações e substabelecimentos, falta de preliminar de relevância¹²⁹, falta de prequestionamento (desde que a questão federal relevante esteja presente e cumprida a ritualística do art. 1.025 do CPC/2015), falta de indicação de dispositivo legal, poderiam ser saneados (talvez na própria instância *a quo*), nos termos do parágrafo único do art. 932 do CPC/2015 (e, ainda, arts. 938, 1.007, 1.029, § 3º), para dar concretude ao princípio da primazia do mérito.

5.1.3 A má compreensão do princípio do livre convencimento motivado

O conteúdo do art. 131 do CPC/1973¹³⁰, sobre o qual muitos apoiavam o dogma do livre convencimento motivado, não foi reproduzido no CPC/2015.

Em seu lugar, adveio a nova redação dada pelo art. 371¹³¹, que promoveu mudanças estruturais tanto na formação da prova como na fundamentação das decisões.

Quanto à formação da prova, não há mais como se invocar o anterior entendimento jurisprudencial segundo o qual o juiz é o destinatário da prova. Não mais. Segundo a nova regra, a prova deve ser buscada, compartilhada e produzida por e para todos os principais sujeitos processuais¹³², sejam eles juízes, advogados, membros do Ministério Público, defensores públicos e outros representantes judiciais. Assim, a deliberação sobre a sua necessidade, oportunidade e conveniência fica sujeita à deliberação desses atores processuais e o seu

¹²⁹ Mais adiante, no capítulo 6, vamos sugerir o exame destacado e preliminar da relevância da questão federal, que, somente depois de reconhecida, é que será autorizada a apresentação das razões recursais e, se for o caso, oportunamente, marcado prazo para saneamento de eventuais vícios (cf. art. 932, parágrafo único, do CPC/2015). Enquanto não chega o momento de apresentação e o processamento das razões recursais, isto é, até que o recurso seja admitido para remessa ao STJ, defendemos que as tutelas de urgência sejam deliberadas pelo tribunal de origem, consoante o disposto no art. 1.029, § 5º, do CPC/2015.

¹³⁰ CPC/1973: “Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

¹³¹ CPC/2015: “Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.”

¹³² Segundo Daniela Marques de Moraes, por meio do princípio da participação, “é conferida às partes a possibilidade de uma participação consciente nas esferas de decisão, implementada pelo princípio constitucional do contraditório. Trata-se de um contraditório dinâmico e provocado. Ao magistrado, cabe aguçar o debate sobre todas as questões do conflito, com condições de garantir que o resultado do processo sofra a influência dos argumentos discutidos”. **A importância do outro para a democratização do acesso à justiça**. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2015, p. 222.

deferimento ou não deve ser sempre registrado em decisão devidamente fundamentada, com observância do disposto no § 1º do art. 489 do CPC/2015¹³³.

De outra parte, e aqui o mais importante, é que o juiz não está mais amparado pelo anterior “princípio do livre convencimento motivado”, disposto no revogado art. 131 do CPC/1973. Apesar de equivocada, a leitura que muitos faziam desse dispositivo era a de que o juiz estaria autorizado a decidir de acordo com a sua própria consciência, circunstância que, bem observada, conduziria à anarquia judicial. Ora, se o juiz é livre para decidir como bem entender, pois só deve prestar contas a si próprio, tendo a singela obrigação de explicar os motivos que o levaram àquele raciocínio decisório, cada juiz passa a raciocinar do jeito que bem entender ou melhor convier na sua íntima convicção de justiça.

Esse aspecto abre flanco para que juízes de primeiro grau e desembargadores nos tribunais de apelação entendam, de forma equivocada, que não estão vinculados aos pronunciamentos da corte superior, pois, vinculados apenas às suas consciências, estariam autorizados, inclusive a se posicionar contrariamente às orientações verticais de nível hierárquico superior.¹³⁴

Segundo Mitidiero, a partir do momento em que a corte superior firma o precedente, afrontar o entendimento nele afirmado não é mais questão de divergência, mas de insubordinação e, por isso mesmo, de desobediência, que deve ser fortemente repreendida e combatida¹³⁵

Com a mudança operada pelo art. 371, somada ao disposto nos art. 489, 926 e 927, o juiz agora precisa decidir melhor, de forma mais racional, pois precisa demonstrar, pela fundamentação, que a sua decisão atende a critérios de estabilidade, integridade e coerência, apresentando-se em conformidade com o sistema de justiça do qual é parte integrante.

Apesar da importante alteração, estruturante da nova dinâmica processual, ainda se observa, no próprio STJ, expedientes que não mais se sustentam, tal como a decantada

¹³³ CPC/2015: “Art. 489 [...] § 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;”

¹³⁴ Marinoni já chamava a atenção para essa situação antes mesmo do CPC/2015 (*Op. cit. O STJ enquanto corte de precedentes [...]*. 2.ed. São Paulo: RT, 2014, p. 126-132)

¹³⁵ No Brasil, uma proposta de “incentivo” à promoção na carreira por merecimento poderia ser desenvolvida pelo CNJ e/ou pelas próprias corregedorias dos tribunais de segundo grau, no sentido de se registrar, nos assentamentos funcionais do magistrado, eventual descumprimento do dever funcional de seguir precedente de corte superior (depois de devidamente apurado em processo administrativo em que assegurado o contraditório). Aquele que tiver esse tipo de restrição deveria ser preterido em relação aos outros candidatos que observassem precedentes.

orientação que referenda condutas judiciais inadequadas, como, por exemplo, o entendimento de que “o juiz é o destinatário da prova e, pelo livre convencimento motivado, o julgamento antecipado da lide não acarreta cerceamento de defesa” ou que “o juiz não está obrigado a responder todas as alegações formuladas pelas partes, quando já houver encontrado motivo suficiente para fundamentar a sua decisão.”

Dito de outro modo, o livre convencimento motivado que, mal compreendido, servia de suporte para arbitrariedades, não mais subsiste na nova ordem processual, devendo ceder lugar imediatamente ao processo colaborativo, aos influxos do contraditório substancial e à decisão racional e devidamente fundamentada.

5.2 LIMITAÇÕES PROCEDIMENTAIS

5.2.1 A ineficácia do filtro negativo e da técnica de julgamento repetitivo

Certa vez, em meados de 2016, no intervalo de um seminário realizado no STJ a respeito do novo CPC e o papel das Cortes Superiores, indaguei o Professor Marinoni o que aconteceria com os casos que não tivessem a relevância reconhecida pelo Superior Tribunal.

Com a inteligência que lhe é peculiar, ele me respondeu: –“É simples, transitam em julgado”.

Confesso que levei um certo tempo para assimilar o impacto e a profundidade daquela resposta. – “Como assim, transitam em julgado? – pensei.

Naquele primeiro momento, com os olhos ainda voltados para o antigo paradigma, pareceu-me que isso poderia soar como uma injustiça com as partes recorrentes que não teriam mais acesso à Corte Superior para (re)discutir as suas questões federais.

Mas verdadeira injustiça se faz mediante a ilusão de que mais um recurso, agora endereçado à instância superior, poderia prolongar um caminho que não é mais necessário seguir, visto que, pela sua própria natureza, recursos extraordinários *lato sensu* não constituem direito subjetivo das partes.

É preciso julgar menos a fim de que haja mais tempo para se decidir melhor as questões infraconstitucionais relevantes. Se tem que ser feito, é melhor que seja bem feito.

Como já observado¹³⁶, aproximadamente 50% (cinquenta por cento) dos recursos das duas mais importantes classes processuais do STJ (REsp e AREsp, as quais representam 70% - setenta por cento - de toda a distribuição do tribunal), não são conhecidos. Isso significa que

¹³⁶ Item 3.1 *supra*, Figura n. 2.

esbarram nos filtros de admissibilidade recursal ditos negativos. O problema maior do filtro negativo é que os recursos não param de chegar, trazendo, em sua maior parte, as mesmas discussões e os mesmos problemas de admissibilidade.

Como se faz hoje em dia, então, decisões de não conhecimento de recursos especiais transitam em julgado sem exame de mérito, o que certamente redundará no trânsito em julgado de alguns entendimentos díspares verificados entre as próprias cortes de apelação. E, tudo bem. O sistema absorve o trânsito em julgado dessas disparidades e a vida segue.

Ora, se metade desse expressivo número de recursos transita em julgado depois de uma longa volta, com desperdício de tempo, de energia e de recursos públicos sem nenhum exame de mérito, seria mais inteligente compreender que a Corte Superior pode fazer isso de maneira consciente, racional, simples e honesta apenas ao reconhecer que aquela determinada questão contida no recurso não é dotada de relevância jurídica capaz de, naquele momento, reclamar a intervenção direta da Corte Superior para analisá-la.

Com efeito, com mais razão ainda deve se dar o trânsito em julgado quando negada a relevância da questão infraconstitucional federal, pois, além de que sobre ela houve deliberação colegiada específica (não se aplicando a máxima de Marinoni de que: “filtros recursais ... são máscaras...”), o silêncio da Corte Superior é salutar, como dito, para que, eventualmente, a continuidade da discussão perante as instâncias ordinárias possa exacerbar divergência de entendimentos inconciliável que venha a evidenciar a necessidade do seu pronunciamento futuramente.

Por mais paradoxal que isso possa parecer, a decisão que analisa a questão federal sob o prisma da relevância fortalece o papel das instâncias judiciárias, colocando cada qual no exercício da sua competência jurisdicional própria.

Negada a relevância, ao fim e ao cabo, saem fortalecidas as instâncias de primeiro e de segundo grau, pois serão suas, via de regra, as últimas palavras quanto ao desfecho do caso em julgamento, soberanas, portanto, na avaliação da prova e no enquadramento jurídico operado.

Esse fenômeno de emancipação das instâncias de primeiro e segundo grau, é verdade, abre flanco para que julgados absurdos possam passar em brancas nuvens e transitar em julgado; mas, além de se tratar de situações excepcionais, o ordenamento jurídico também oferece soluções que, se for o caso, igualmente estariam disponíveis às partes para proceder à sua retificação, a exemplo da ação rescisória (arts. 966 e ss. do CPC/2015).

De outra parte, reconhecida a relevância, o Superior Tribunal admite que a questão federal se sobrepõe aos interesses das partes litigantes (transcendência¹³⁷) e, à vista de fatos bem delineados e de discussão jurídica que oferece normas interpretadas de modo incompatível com a realidade social ou com o pacto federativo (v.g. a divergência de entendimentos entre tribunais de apelação diversos), passa a considerar que o tema está a merecer, de logo, especial deliberação, de modo que, a partir do seu pronunciamento, com vistas à segurança jurídica e à previsibilidade, será definida a norma que vai reger, de modo vinculante, situações fático-jurídicas análogas.

Dizemos discussão mais aprofundada porque o STJ funciona como uma espécie de “termômetro da federação”, na medida em que por lá aportam demandas e recursos de todos os Estados Federados e, também, dos tribunais regionais federais.

Nessa perspectiva, os tribunais locais, de segunda instância, no exercício da sua função precípua de revisão¹³⁸, não têm essa dimensão mais ampla das demandas sociais nem a perspectiva de como têm sido encaminhadas as suas propostas de resolução, competência que a Corte Superior, dada a sua posição de vértice ou de cúpula, está mais bem situada e configurada para observá-las e, por isso mesmo, é competente para dirimi-las.

Assim, ao STJ é possível perceber que determinada demanda, a partir da aplicação dos dispositivos da legislação federal, tem recebido diferente interpretação nos tribunais de justiça do nordeste do país daquela que lhe foi conferida pelos tribunais do sul, por exemplo.

E, com modernos sistemas de classificação de dados, desenvolvidos a partir de políticas judiciárias encampadas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹³⁹ e de sistemas de informação, classificação e tratamento de dados desenvolvidos a partir de inteligência artificial (IA)¹⁴⁰, é possível proceder à identificação desses temas e como eles têm sido decididos nos

¹³⁷ Cf. Mitidiero: que “[...] tenha capacidade de ultrapassar o simples interesse das partes”, isto é, “[...] aptidão para gerar um precedente.” (*Op. cit.* **Relevância no recurso especial**. São Paulo: Editora Thompson Reuters, 2022, p. RB-2.2).

¹³⁸ A razão de ser da instância de segundo grau repousa na ideia de que juízes mais experientes e reunidos em colegiado possam melhor revisar, mediante recurso, a jurisdição prestada pelo juiz de primeiro grau, tanto sob o aspecto da atividade jurisdicional na condução do processo (procedimento em contraditório desenvolvido entre as partes litigantes) como a partir do poder jurisdicional de resolver e pacificar os conflitos sociais (jurisdição enquanto poder e função). A propósito dos aspectos da jurisdição (poder, função e atividade), Cintra, Grinover e Dinamarco. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 125.

¹³⁹ Sobre as tabelas processuais unificadas do CNJ e as respectivas resoluções regulamentadoras dessa matéria (em especial: Resolução-CNJ n. 12/2006 e n. 46/2007), confira-se: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/tabela-processuais-unificadas/>. Acesso em 22 set. 2022.

¹⁴⁰ Acerca do uso de inteligência artificial no Judiciário, veja-se a pesquisa “Tecnologia aplicada à gestão de conflitos no âmbito do Poder Judiciário Brasileiro”, realizada pela FGV, sob a coordenação do Ministro Luis Felipe Salomão, cujo relatório está disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/156490/inteligencia_artificial_tecnologia_salomao_PORTUGUES.pdf. Acesso em 22 set. 2022. Resultados quanto ao STF e ao STJ: p. 27-29.

tribunais de segundo grau, avaliando, pela perspectiva de eventual divergência, qual seria, nesse aspecto, mais relevante ou não, mais urgente ou não, para ter relevância reconhecida e, a partir daí, deliberados.

Nesse ponto, é importante destacar que não é o caráter repetitivo de determinada controvérsia posta em juízo que forja a relevância que autoriza a sua apreciação por uma corte superior.

Na realidade, a sistemática dos recursos repetitivos constitui muito mais uma técnica de resolução de demandas de massa, que privilegia o aspecto quantitativo dos recursos, hoje em dia caracterizada pela simples transferência de acervos das Cortes Superiores para as instâncias de origem (sobrestamento), do que pela importância ou relevância jurídica da discussão jurídica propriamente dita¹⁴¹.

Assim, todo e qualquer pronunciamento de uma corte superior deveria ser tomado como um julgamento importante. Todavia, na prática, o que acontece é que, diante da sua acentuada repetição, em algum momento, ou diante de alguma particularidade não destacada adequadamente, acaba por ser decidido de maneira descontraída por algum órgão fracionário, o que resulta em dispersão do entendimento da corte, que deveria, pelo contrário, ser uniforme, uniformizado ou, no mínimo, uniformizável.

5.2.2 A falta de filtro positivo em pleno funcionamento. O advento da EC n. 125/2022

Foi promulgada a Emenda Constitucional n. 125, de 14/7/2022, que, finalmente, depois de quase uma década de tramitação perante o parlamento brasileiro, outorgou ao recurso especial mais um requisito: o da relevância da questão federal infraconstitucional.

Esse novel requisito tem natureza de filtro recursal positivo e é essencial para o STJ poder se afirmar como verdadeira corte de interpretação.

Isso porque é por meio do filtro positivo que a corte de vértice vai poder selecionar os temas que vai julgar e, com isso, preparar a sua agenda de julgamentos.

Do contrário, apresenta-se como uma corte capenga, fadada ao insucesso, desde o início, no desempenho da sua missão constitucional.

Assim, a instituição do filtro positivo é mais uma janela de oportunidade que se descortina para que o STJ possa se firmar como corte de precedentes, sobretudo a partir da

¹⁴¹ Veja-se, a propósito, o Gráfico 6 *supra*.

regulamentação por meio de lei ordinária que ficou diferida no inciso VI do § 3º, acrescentado ao art. 105 da Constituição Federal por intermédio da emenda.

Porém, por si só, a chegada do filtro positivo não é garantia de que esse objetivo será alcançado¹⁴².

Nessa toada, cabe destacar alguns aspectos da EC que, depois de mais de uma década de tramitação no parlamento brasileiro, poderiam ter sido mais bem encaminhados, inclusive sob o aspecto técnico da alteração.

Começemos pelo fim.

É que não nos pareceu adequado promover a vigência da referida emenda constitucional a partir da data de sua publicação, isto é, sem *vacatio legis*.

Na realidade, trata-se de inovação legislativa procedimental de tamanha envergadura e que ainda demanda regulamentação por lei (e pelo regimento interno) para sua eficácia plena, razão por que deveria ter sido concedida *vacatio*, de pelo menos 6 (seis) meses a 1 (um) ano, período de tempo razoável para a relevância se tornar efetivamente requisito do recurso especial, depois de oportunamente aprovados projeto de lei e disposições regimentais específicas para dar concretude ao comando constitucional.

Enfim, andou mal o legislador constitucional, porquanto trouxe mais dúvidas e insegurança na aplicação de instituto que demorou mais de uma década para ser aprovado. Esperava-se mais consideração do parlamento com a comunidade jurídica, sobretudo com os advogados e o próprio STJ.

O texto reformador também peca por considerar relevante a questão federal quando o acórdão recorrido contrariar “jurisprudência dominante” (inciso V do § 3º). Mais uma vez, não está o legislador atento à mudança de função institucional operada no STJ, de corte revisional a corte de interpretação, como temos defendido, a partir do recorte teórico utilizado, nesta pesquisa.

Nos incisos I, II e IV¹⁴³, parece que o legislador, preocupado com a sua condição de político, acabou legislando em causa própria para lhe garantir o acesso recursal ao STJ sem ter que se preocupar em demonstrar a relevância da questão federal veiculada no seu recurso. É que feitos relativos a demandas penais, de improbidade administrativa ou que possam gerar

¹⁴² A propósito, confira-se em relação à repercussão geral, artigo de Barroso e Rego: **Como salvar a repercussão geral: ideias simples para reverter um fracasso.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/274826/como-salvar-a-repercussao-geralideias-simp> . Acesso em 10 nov. 2021.

¹⁴³ Na realidade, há mais um pecado legislativo bem observado por Mitidiero, pois o que é relevante, em última análise, é a questão federal, e não propriamente as classes de demandas (*Op. cit.* **Relevância no recurso especial.** São Paulo: Editora Thompson Reuters, 2022, p. RB-2.2).

inelegibilidades parecem estar muito próximos do exercício de um mandato eleitoral na atual conjuntura política do país.

Cumpra registrar que a EC praticamente esvaziou a competência da Terceira Seção do STJ para analisar o requisito da relevância em matéria penal, na medida em que o inciso I do § 3º do art. 105 da CF passa a considerar que haverá relevância da questão de direito federal infraconstitucional em todas as ações penais. Se tudo é relevante, nada, na verdade, é. Acreditamos que esse dispositivo constitucional disse mais do que pretendia e necessitará, de alguma forma, ser relativizado, para que a análise de relevância possa vir a ter aplicação concreta no âmbito da Terceira Seção, permitindo-se, assim, que aquele colegiado efetivamente selecione o que vai julgar (e o que não vai), outorgando-lhe, enfim, o filtro recursal positivo, indispensável ao funcionamento de uma corte de vértice.

Outro aspecto que demandará atenção, para se evitar antinomia, é: como equalizar a regra do inciso I com a do inciso V do mesmo parágrafo, porém com relação às hipóteses nas quais, *a contrario sensu*, o acórdão recorrido estiver de acordo com a jurisprudência dominante do STJ? Dito de outro modo: se toda questão contida em ação penal tem relevância, como fazer com as questões penais que estão em conformidade com a jurisprudência dominante do STJ? Aqui, igualmente, pensamos que o filtro positivo penal também deve ter aplicação para se negar relevância a recurso especial tirado de questão federal decidida pelo acórdão impugnado em conformidade com a orientação do STJ.

Por último, a hipótese do inciso III, que dispõe haver relevância para as causas de valor superior a 500 (quinhentos) salários mínimos, beira a descompostura. Além da impropriedade de se vincular a relevância jurídica de determinada causa ao proveito econômico com ela buscado, quantos dos mais de 220 milhões de cidadãos deste país possuem estofamento suficiente para demandar ou ser demandado numa ação tão vultosa? Em valores atuais, só para se ter uma ideia, essa quantia corresponderia a R\$ 606.000,00 (seiscentos e seis mil reais).¹⁴⁴

Enfim, a crítica que se faz é que o tão esperado filtro positivo poderia ter sido editado de modo que pudesse produzir eficácia mais acurada na admissibilidade dos recursos especiais, o que, até então, não ocorreu.

O § 2º, acrescentado ao art. 105 da Constituição Federal pela emenda, prevê, ainda, manifestação de 2/3 (dois terços) dos ministros do colegiado competente para afastar a

¹⁴⁴ Na Alemanha, apesar de também se verificar o valor de alçada para indicação da significação fundamental, ela pode ser relativizada pelo Tribunal Federal de Justiça alemão (*Bundesgerichtshof* – BGH). A propósito, Dantas: “Salvo raras exceções, a ninguém, que não às próprias partes, interessa o valor da causa quando tomado isoladamente, pois a partir do só valor da causa dificilmente é possível afirmar que está em discussão tese jurídica de grande relevância.” (**Repercussão geral** [...]. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 120).

relevância da questão federal colocada no recurso especial e que a demonstração seja efetuada nos termos da lei. Discorreremos mais sobre o tema no próximo item (5.2.2.1 *infra*).

Espera-se que os ministros do STJ estejam atentos e, inclusive, participem ativamente dessa regulamentação suplementar, apresentando proposta de projeto de lei elaborada a partir de discussões dos seus quadros, amparada em dados estatísticos e na experiência daquela Corte Superior, contribuindo, assim, para a eficácia no novo filtro de relevância, sobretudo a partir do aspecto da transcendência, de modo que o interesse público no deslinde da questão federal controvertida deva se sobrepor aos interesses simples dos recorrentes.

5.2.2.1 A experiência do Supremo Tribunal Federal com a repercussão geral

O desenvolvimento da repercussão geral no STF começou a deslanchar, no nosso ponto de vista, após três julgamentos que consideramos muito importantes e que acabaram se tornando os pilares para que a taxa de processos distribuídos fosse reduzida drasticamente já nos primeiros anos da sistemática. São eles:

- RE n. 598.365 - RG¹⁴⁵: que reconheceu a ausência de repercussão geral no exame de pressupostos recursais de competência de outros tribunais;
- AI n. 760.358 - QO¹⁴⁶: descabimento de agravo de instrumento ou de reclamação (e até de segundo recurso extraordinário ou de petição) da decisão que aplica a sistemática da repercussão geral a processos múltiplos (= repetidos), e
- AI n. 791.292 QO-RG¹⁴⁷: julgamento de reafirmação da “jurisprudência”, com repercussão geral de mérito, para estabelecer que o “art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.”

Com o primeiro julgamento citado (RE n. 598.365 - RG), estima-se que cerca de 40% (quarenta por cento) do quantitativo de recursos e agravos extraordinários distribuídos no STF tenham diminuído.

Isso porque esse volume expressivo de processos seguia principalmente dos tribunais superiores questionando a aplicação de óbices sumulares e pressupostos recursais específicos, como o prequestionamento, reexame de provas, cotejo analítico etc.

¹⁴⁵ Tema n. 181 da Repercussão Geral. Pleno, Rel. Ministro Ayres Britto, j. 18/2/2009, DJe 26/3/2010.

¹⁴⁶ Questão de Ordem. Pleno, Rel. Ministro Gilmar Mendes, j. 19/11/2009, DJe 19/2/2010.

¹⁴⁷ Tema n. 339 da Repercussão Geral. Pleno, Rel. Ministro Gilmar Mendes, j. 23/6/2010, DJ 13/8/2010.

Afirmando esse precedente, que, na realidade, é de ausência de repercussão geral, o STF bloqueou o caminho de “quarta instância”, emancipando os tribunais superiores para dar a última palavra sobre os pressupostos de admissibilidade dos seus próprios recursos.

No início, houve muita insatisfação, principalmente dos advogados, demorando um tempo para se compreender a importância desse julgado do ponto de vista da coletividade, isto é, a mudança do ponto final quanto àquela discussão.

O STF, ao declarar a ausência de repercussão geral para a questão, lavou as mãos, deixando de ser o tutor de outros tribunais superiores que, assim, bem podiam desenvolver o seu múnus, prestando a jurisdição.

Passados mais de 12 (doze) anos, apesar do impacto inicial e do esparceio geral, temos que convir que andou bem o STF ao promover essa importante mudança de curso, estabelecendo como estação final, quanto à análise de requisitos de admissibilidade recursais que lhe são próprios, a dos tribunais superiores destinatários daqueles recursos. Isso foi o que chamamos linhas atrás de emancipação.

O segundo julgado (AI n. 760.358 – QO) é decorrência do primeiro. Insatisfeitos com a aplicação da sistemática da repercussão geral naquele primeiro momento, especialmente nos casos de ausência de repercussão geral ou de julgamento de mérito conforme o entendimento do STF também em repercussão geral, as partes, ainda inconformadas, interpunham segundo recurso extraordinário ou outro agravo de instrumento (hoje agravo em recurso extraordinário – ARE) perante o Tribunal *a quo*, ou, ainda, reclamação ou petição diretamente no STF.

Então, o que o STF fez nesse segundo aresto foi reafirmar o entendimento do primeiro, no sentido de que a estação processual final, nos casos de aplicação da sistemática da repercussão geral, havia mesmo se deslocado para a instância precedente e que não havia nenhum atalho processual que porventura viesse a religar esses casos sem repercussão geral ou aqueles cuja conclusão era de conformidade com julgado da repercussão geral à competência do STF.

Por fim, o terceiro julgado (AI n. 791.292 QO – RG) versa acerca de tema muito recorrente até então, que dizia respeito à violação do art. 93, IX, da CF, sob a alegação de negativa de prestação jurisdicional ou ausência de fundamentação adequada no *decisum* impugnado. Um verdadeiro fura-filtro recursal.

Mais uma vez, agora com o sinal positivo (o caso foi julgado com repercussão geral para “reafirmação de jurisprudência”), o STF estabeleceu parâmetros para que os demais tribunais e turmas recursais, pela via do setor responsável para fazer a admissibilidade dos

recursos extraordinários, avaliassem, eles mesmos, se o acórdão do órgão fracionário do seu tribunal teria incorrido em omissão relevante ou padeceria de vício de fundamentação.

É certo que esses parâmetros ficaram meio frouxos e, depois do CPC/2015 e o disposto no seu art. 489, apresentam duvidosa atualidade com a nova ordem processual brasileira, mas o fato é que, mais uma vez, o STF alterou o ponto final de recursos que continham esse tipo de alegação, pois, reconhecido o vício no juízo de prelibação do recurso extraordinário, o feito deveria ser encaminhado ao órgão judiciário prolator do acórdão recorrido, facultando-lhe o exercício do juízo de retratação.

Uma vez retratado, julgava-se prejudicado o recurso extraordinário. Mantido o entendimento, avança-se no exame dos demais pressupostos recursais, encaminhando-se o recurso extraordinário ao STF, caso vencidos os demais requisitos de admissibilidade.

Esses julgamentos demonstram a importância do filtro positivo em pleno funcionamento nas cortes de vértice. Sem ele e sem a sua utilização adequada, os juízos de primeiro e de segundo grau passam a existir como meras instâncias de passagem, em que aos seus pronunciamentos não são devotados nenhum valor, na medida em que, qualquer que seja a conclusão da sentença, haverá recurso para o segundo grau; da mesma forma, depois, em relação ao acórdão, para a instância superior; e, depois, ainda, para o STF; e, em seguida, para a Corte Interamericana; e depois para a Corte Internacional...enfim, enquanto houver nova instância recursal, haverá recurso.

Os julgados acima referidos tiveram a vantagem de ajudar a promover essa mudança estruturante, alinhando o STF ao desempenho de sua função de corte de interpretação, hoje em dia ainda mais refinada e sofisticada.

Eles podem colaborar na indicação de novos caminhos para a regulamentação do filtro positivo do STJ e no processamento da relevância da questão federal no Tribunal da Cidadania.

5.2.3 O problema do sobrestamento: o efeito da transferência de acervo de processos entre instâncias julgadoras. O efeito paralisante do desenvolvimento do Direito nas instâncias ordinárias

Instituto que sempre nos incomodou foi o sobrestamento de processos em virtude da afetação de recurso especial representativo de controvérsia.

Nunca nos pareceu adequada a paralisação do curso de um processo ou recurso em função de que determinada questão neles contida tivesse que aguardar o posicionamento da

Corte Superior para, então, retomar o seu fluxo processual natural, sem mesmo a verificação se a questão é preliminar, prejudicial, de mérito ou acessória.¹⁴⁸

Além de se tratar de simples transferência de acervos entre instâncias julgadoras¹⁴⁹, esse expediente reforça o nosso argumento de que, no Brasil, os precedentes, tais quais os temos concebido, são forjados de cima para baixo, sem a coparticipação das instâncias ordinárias, nem mesmo a preocupação de que a matéria ou questão foi bem deduzida, discutida, e se é relevante a intervenção da Corte Superior no caso.

No entanto, todos sabemos, esse expediente tem tido lugar mais para dar vazão à técnica de julgamento de casos repetidos, na qual se sobrepõe à preocupação com o aspecto quantitativo de processos, evitando-se, assim, a transferência de grande volume de processos para a Corte Superior.

Como exemplo, podemos citar o Tema Repetitivo n. 710/STJ¹⁵⁰, que examinou a legalidade dos cadastros de *credit scoring*. Alguns processos foram encaminhados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) como representativos de controvérsia para evitar que outros milhares deles, cerca de 80 mil, que ficaram retidos na instância de apelação, fossem encaminhados ao STJ.

Já no início do voto do ministro relator no feito repetitivo¹⁵¹, colhe-se a seguinte passagem:

Eminentes colegas. Consigno, inicialmente, que **este é um daqueles processos em cujo julgamento parte-se praticamente do “zero”, pois não tinha uma noção clara acerca do que seria o chamado “credit scoring”, ou simplesmente “creditscore”**. Após a afetação do primeiro recurso especial, em face da provocação feita pelo NURER (Núcleo de Recursos Repetitivos e Repercussão Geral) do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, informando a **existência de cerca de oitenta mil recursos a respeito desse tema**, passei a receber advogados das partes interessadas em meu gabinete. (grifo nosso)

¹⁴⁸ Na contramão de tudo que está a se defender aqui a respeito do sobrestamento, foi editada pelo CNJ a Recomendação n. 134, de 9/9/2022, incentivando o sobrestamento de processos nas instâncias ordinárias, ao dispor o seguinte: “Art. 22. Recomenda-se que seja adotado o procedimento do recurso especial ou extraordinário representativo da controvérsia (CPC/2015, art. 1.036, § 1º) em situações que indiquem distinção ou superação de precedentes. Com isso, haverá a admissão de 2 (dois) ou mais processos e o sobrestamento dos demais feitos com mesma questão jurídica possivelmente distinta ou superada. [...] Art. 25. A suspensão dos processos pendentes é elemento extremamente importante dentro da lógica do funcionamento e dos resultados pretendidos, sob o prisma do sistema dos julgamentos de questões comuns ou repetitivas, especialmente no que diz respeito à economia processual e, conseqüentemente, da própria duração razoável dos processos. § 1º A concepção global e a regra geral não devem ser inflexíveis, a ponto de tornar-se inadequado o mecanismo processual, ou os seus efeitos, para determinadas situações. § 2º A suspensão poderá, a juízo do tribunal, em caráter excepcional, não ocorrer ou ser limitada.”

¹⁴⁹ Ver item 3.1 *supra*.

¹⁵⁰ REsp n. 1.419.697/RS, Segunda Seção, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 17/11/2014. Que fique claro que a Segunda Seção, em especial o Ministro Sanseverino, fez o que podia e tinha que ser feito naquela situação clara de legítima defesa processual típica de uma corte de revisão. A notícia que temos é que, além dos 80 mil recursos, havia mais 60 mil processos em tramitação nas instâncias ordinárias. A crítica se destina ao papel que a Corte Superior deveria exercer, e não ao qual ela exerceu e podia exercer naquela oportunidade.

¹⁵¹ *Idem*.

Ora, se partiu-se praticamente do “zero”, isto é, não havia notícia da discussão da matéria em outro tribunal, seja ele estadual ou federal, a matéria ainda não havia sido enfrentada pelo STJ, não havia indicação de divergência de entendimento jurisprudencial e a questão federal havia sido resolvida a contento pelo TJRS. Enfim, na nossa compreensão, não haveria relevância para enfrentamento da questão pela Corte Superior naquele momento.

Todavia, operando pela lógica da corte de revisão (de recurso como direito subjetivo das partes, de que a corte superior tem que sempre analisar a legalidade do acórdão recorrido com o arcabouço legal), na medida em que ainda não existia o filtro positivo para exame da relevância da questão federal, para evitar a proliferação de recursos especiais versando acerca desse mesmo tema, o STJ deliberou pela sua afetação como repetitivo, julgando o seu mérito logo em seguida.

À vista disso, somos pelo fim do sobrestamento dos julgamentos nas instâncias ordinárias, pois a realidade empírica e a diversidade de entendimentos desenvolvidos nas instâncias ordinárias enriquecem o debate na corte superior para a escolha racional e motivada dos melhores argumentos e fundamentos.

Em conclusão, a importância do aprofundamento da discussão jurídica nas instâncias de origem e do silêncio da Corte Superior nas hipóteses de questões incipientes e ainda não resolvidas pelo precedente (as decisões plurais) é salutar o trânsito em julgado dos casos não selecionados pelo critério da relevância para exame pela corte superior, de modo que o desenvolvimento do direito continue e eventuais questões inicialmente não contempladas possam alcançar relevância para posterior julgamento.

5.3 LIMITAÇÕES ORGÂNICAS

5.3.1 O problema da divisão da competência interna: crítica aos julgamentos turmários e aos embargos de divergência

O Regimento Interno do STJ (RISTJ) foi editado no início da década de 1990. Como já afirmado, muito foi aproveitado do texto do regimento do antigo TFR, Corte que fazia as vezes de tribunal de segundo grau da Justiça Federal.

A estrutura dos órgãos julgadores e a divisão da competência interna também se aproximou muito daquele modelo: no STJ, 6 (seis) turmas de 5 (cinco) ministros cada e 3 (três) seções especializadas com 10 (dez) ministros (cf. art. 2º, §§ 3º e 4º, do RISTJ); no TFR, eram também 6 (seis) turmas, porém com 4 (quatro) ministros cada uma, e 2 (duas) seções especializadas com 13 (treze) ministros (cf. art. 2º, §§ 2º e 3º, do RITFR).

Naquela época, ainda não havia se proliferado tecnologias – hoje muito comuns – como, por exemplo, o celular, a internet e a inteligência artificial (IA), por exemplo.

Muitas matérias também começavam a se despontar no cenário jurídico, a exemplo do direito ambiental. Outras nem sequer sonhavam em existir, como o direito digital.

Passados mais de 30 (trinta) anos, é tempo de se revisitar essa formação dos órgãos colegiados em passo com a divisão de competências, de modo a preparar o STJ para se realizar como corte de precedentes.

Pensamos assim, pois não é mais tempo de que duas turmas de idêntica competência interna passem a decidir as mesmas matérias, reiteradamente, em ambientes decisórios distintos para, depois, verificarmos se os seus entendimentos são convergentes, e aí haveria jurisprudência dominante, ou, se divergentes, teríamos que aguardar a interposição, processo e julgamento de embargos de divergência perante a seção especializada, para, então, alcançarmos o desfecho da questão federal controvertida.

Parece mais racional, portanto, que a questão federal relevante seja enfrentada de logo ou por um colegiado com competência para resolvê-la definitivamente, seja pela via de um colegiado maior, como se dá hoje em dia com as seções especializadas de 10 (dez) ministros, ou mesmo com as turmas de 5 (cinco) ministros. Porém, nesse último caso, pensamos, seriam necessárias a atualização e a redistribuição da competência interna de modo que cada turma tivesse a última palavra sobre determinadas matérias de direito, eliminando-se, assim, não só a necessidade de julgamentos reiterados para a formação de jurisprudência dominante, mas também obstando a interposição de mais um recurso, os embargos de divergência¹⁵². Esse rearranjo de competência interna pode levar em conta, inclusive, a (re)composição dos órgãos fracionários com 7 ou com 9 julgadores, ainda que isso venha a implicar a necessidade de aumento do número de ministros do STJ.

Das duas, uma: ou todo o colegiado é que tem de definir a controvérsia, inclusive quanto ao reconhecimento da relevância da questão federal, ou a competência teria que ser atualizada e redistribuída entre as turmas julgadoras, que, nessa nova subdivisão, teriam a última palavra para definir a interpretação daquelas matérias de sua competência exclusiva e, com isso, desenvolver o direito, como propõe Marinoni.

Seja de 5 (cinco) ou de 10 (dez) integrantes, é imprescindível que não haja competência comum para analisar a mesma matéria entre órgãos fracionários distintos, sobretudo se

¹⁵² Sobre o perfil dogmático dos embargos de divergência e a sua razão de ser, conferir Marinoni e Mitidiero: *Op. cit. Recurso extraordinário e recurso especial* [...]. 2. ed. São Paulo, Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 315-316.

estiverem no mesmo plano hierárquico do Tribunal. Mantida a formação como está, a competência jurisdicional das turmas deveria ser alterada, de maneira que elas não poderiam mais apreciar recursos especiais destinados à formação de precedentes.

Talvez pudesse até ser operada uma troca de competências entre elas e a respectiva seção especializada, trazendo para as turmas, por exemplo, o julgamento de outras classes processuais, como os mandados de segurança, os conflitos de competência, as reclamações (essas, inclusive, com o escopo de destrancar recursos por meio dos quais se alega o descumprimento de precedentes do STJ) e as ações rescisórias.

5.3.2 Julgamento personificado? A distribuição aleatória de recursos. O efeito da mudança na composição do colegiado na estabilidade dos entendimentos já firmados

A volumosa distribuição automática de recursos de maneira aleatória e acerca da mesma temática para cada um dos 10 (dez) ministros de cada Seção, subdivididos na competência das Turmas, contribui para a dispersão de entendimentos e do julgamento personificado.

Ainda que determinado ministro seja mais rigoroso ou mais flexível com relação ao juízo de admissibilidade, considerando que esse primeiro empurrão geralmente vai vir por intermédio de uma decisão monocrática, é possível que os recursos que tragam mesmas questões sejam examinados com “10 pesos e 10 medidas” numa mesma Seção especializada.

Isso produz dispersão de entendimentos que variam desde os critérios de admissibilidade recursal e até mesmo para o que seria, para cada ministro, o conceito de jurisprudência dominante.

Nesse panorama, a classificação dos recursos por temas ou por questões que vão sendo previamente cadastrados e agrupados em bancos de dados disponíveis para serem oportunamente divididos, também por temas, entre os membros integrantes do colegiado, parece-nos bem mais racional, porquanto evita essa aleatoriedade e permite que, desde o início, a condução dos feitos seja realizada de modo deliberadamente colegiado.

Passo seguinte, por sorteio ou por acordo entre os ministros, poderiam ser escolhidos alguns recursos que contenham questões ou temas relevantes para seleção com vistas à formação de agenda de julgamentos para o semestre seguinte, distribuindo-se de forma equânime as respectivas relatorias, em número estimado de temas cujo julgamento possa ser viabilizado no período previamente definido.

O relator, então, teria a tarefa de produzir um relatório para submeter ao colegiado e às partes, abordando eventuais questões preliminares a serem dirimidas; definindo o contexto fático do julgamento; as questões relevantes da legislação infraconstitucional federal que devem ser solucionadas; indicação de procedimento colegiado mais rápido (se for o caso, para o julgamento de questões já conhecidas pela Corte antes da instituição do requisito da relevância: transformação de jurisprudência dominante em precedente formado a partir do julgamento de questão relevante, que poderia se dar pela via do plenário virtual) ou não (*hard cases*), caso em que deveria ser verificada a necessidade de admissão de *amicis curiae*, de oitiva do Ministério Público, entre outras providências preparatórias para o julgamento do mérito recursal.

A par desse aspecto da distribuição, há outro que também merece atenção especial e diz respeito à rotatividade dos membros dos órgãos fracionários de julgamento.

Como dizia o Ministro Fernando Gonçalves, hoje aposentado, o STJ prestigia de uma maneira peculiar os seus quadros mais antigos, no sentido de que quanto mais velhos ficam, mais atribuições, e cada vez mais complexas, vão recebendo ao longo da antiguidade no cargo de ministro, a exemplo das comissões permanentes, do Conselho da Justiça Federal (CJF), do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), da Vice-Presidência, da Presidência dos órgãos fracionários e do próprio STJ.

Tendo em vista essa consideração, nota-se que alguns desses cargos são inacumuláveis com a jurisdição, como os de presidente, vice-presidente e corregedor nacional de justiça.

Assim, quando se verifica essa “dança das cadeiras”, ao tomar assento no colegiado, o novo integrante (ou, muitas das vezes, aquele que está retornando à jurisdição depois do fim do mandato na área administrativa) não se adapta, ou melhor, não vê com bons olhos alguns posicionamentos já firmados pelo colegiado e passa a se insurgir contra eles, desrespeitando, desse modo, entendimentos legitimamente construídos no período em que não integrava (mais) aquele órgão julgador, sem contrapor a sua fundamentação, mas, apenas, sob a alegação de que não teria participado da sua formação, buscando rediscuti-lo para manifestar compreensão diversa no deslinde da questão.

Há também o problema da rotatividade na presidência das seções, oportunidade em que os presidentes somente votam no caso de empate (art. 24, I, do RISTJ). Como ficam 9 ministros votantes, uma das turmas ficará desfalcada com a condução de um de seus membros à presidência do colegiado. A depender do posicionamento de quem estiver na presidência do colegiado, o resultado da votação para os casos em que a posição da seção é dividida quanto à matéria em julgamento pode ficar comprometido.

6 OS DIFERENTES NÍVEIS DE INTENSIDADE OU DE DENSIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NOS SISTEMAS JURÍDICOS ALEMÃO E NORTE-AMERICANO E A SUA APLICABILIDADE COMO SEGUNDO FILTRO PARA OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS *LATO SENSU*.

6.1 AS LEIS DA DENSIDADE OU DA INTENSIDADE DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

No exame realizado por Costa Neto acerca da tensão existente entre legislativo e judiciário e vice-versa, suas competências, esferas e margens de atuação relativamente ao direito fundamental à liberdade de expressão¹⁵³ nos sistemas jurídicos alemão e norte-americano, ele consegue extrair e propor as seguintes Leis da Densidade ou da Intensidade do Controle de Constitucionalidade¹⁵⁴:

Eis as Leis da Densidade ou Intensidade do Controle de Constitucionalidade (que podem ser chamadas, em alemão e em inglês, respectivamente, de *Kontrolldichtegesetze* e *Laws of the standards of review*):

- a) Quanto mais denso for o grau de intensidade do controle judicial que deve ser aplicado, tanto maior deverá ser a certeza sobre as premissas fáticas que justificam a intervenção sobre o direito fundamental.
- b) Quanto mais denso for o grau de intensidade do controle judicial, tanto menor será a discricionariedade do legislador ordinário para dispor, concertar ou interferir em uma área constitucionalmente protegida.
- c) Quanto maior for o peso abstrato de um direito fundamental, tanto mais denso será o grau de intensidade do controle judicial e, conseqüentemente, tanto maior será a probabilidade de o direito fundamental prevalecer sobre interesses coletivos, sociais ou consequencialistas.
A seu turno, as leis também podem ser representadas da seguinte forma, após inversões de valores:
- d) Quanto menos denso for o grau de intensidade do controle de judicial que deve ser aplicado, tanto menor deverá ser a certeza sobre as premissas fáticas que justificam a intervenção sobre o direito fundamental.
- e) Quanto menos denso for o grau de intensidade do controle judicial, tanto maior será a discricionariedade do legislador ordinário para dispor, concertar ou interferir em uma área constitucionalmente protegida.
- f) Quanto menos denso for o grau de intensidade do controle judicial, tanto menor será o peso abstrato de um direito fundamental e, conseqüentemente, tanto menor será a probabilidade de o direito fundamental prevalecer sobre interesses coletivos, sociais ou consequencialistas de qualquer natureza.

Esses enunciados bem ilustram a proporcionalidade inversa exercida entre os fatores democracia e constitucionalismo: quanto mais poder para o legislador (discricionariedade para regular bens jurídicos protegidos constitucionalmente), menos controle para o juiz; quanto

¹⁵³ Cf.. João Costa Neto, a questão central do seu estudo é: “como encontrar a medida certa de proteção jurídica que se deve dar ao discurso?”(**Liberdade de expressão: o conflito entre o legislador e o juiz constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 32).

¹⁵⁴ *Idem*, p. 179-180.

menos poder para o legislador, mais controle poderá ser exercido pelo judiciário. A certeza (ou não) quanto às premissas fáticas (grau de abstração da regra) e o peso abstrato atribuído aos direitos fundamentais também exerce influência direta no maior ou menor controle judicial, assim como na maior ou menor liberdade regulatória do legislador (densidade legislativa aferida a partir da competência constitucional outorgada diretamente pela Constituição).

Da parte do Poder Judiciário, a transformação da função institucional das Cortes Superiores requer uma mudança da cultura e da prática jurídicas, a demandar, por exemplo, uma nova modalidade de julgamento colegiado (*per curiam* em vez de *seriatim*¹⁵⁵), com especial atenção voltada para a filtragem de quais recursos (que são exatamente o “veículo” que conduz os casos à sua apreciação) deveriam ser submetidos à agenda e à pauta da Corte.

No caso do recurso extraordinário (*lato sensu*), na perspectiva de método de interpretação¹⁵⁶, uma vez identificados os casos que tenham mais relevância para a sociedade (mediante o exame da repercussão geral¹⁵⁷ ou da relevância¹⁵⁸ da matéria veiculada no recurso), torna-se necessária, ainda, nova rodada de deliberação acerca de qual tipo de controle de intensidade jurisdicional deveria ser empregado para o seu julgamento, isto é, qual modalidade de escrutínio a Suprema Corte ou o STJ deveriam ativar para responder adequadamente ao recurso (estrito, intermediário ou básico) e, com isso, tutelar e desenvolver o direito, sem incorrer em arbítrio ou abuso judicial (narcisismo constitucional¹⁵⁹).

6.2 OS DIFERENTES NÍVEIS DE INTENSIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NOS SISTEMAS JURÍDICOS ALEMÃO E NORTE-AMERICANO

¹⁵⁵ *Op. cit.* André Rufino do Vale. **Argumentação constitucional** [...]. 2019, p. 142-150. No nosso sistema de deliberação, parece que cada julgador tem a pretensão de apresentar a sua resposta como a mais correta, em vez de escolher pela construção de uma resposta correta que seja deliberada e compartilhada conjuntamente. Por todos, ver Marinoni: **O julgamento nas Cortes Supremas**[...]. 2015, p. 29.

¹⁵⁶ Cf. Marinoni. **Zona de penumbra entre o STJ e o STF**: [...]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 19-22.

¹⁵⁷ CF/1988, art. 102, § 3º: “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”.

CPC/2015, art. 1.035, § 1º: “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.”

¹⁵⁸ CF/1988, art. 105, § 2º: “No recurso especial, o recorrente deve demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que a admissão do recurso seja examinada pelo Tribunal, o qual somente pode dele não conhecer com base nesse motivo pela manifestação de 2/3 (dois terços) dos membros do órgão competente para o julgamento.”

¹⁵⁹ *Op. cit.* Costa Neto (2017, p. 175): “Narcisismo constitucional significa interpretar a Constituição como um reflexo dos próprios valores. A expressão denota a facilidade com que alguns intérpretes projetam seus valores pessoais sobre o texto constitucional.”

Costa Neto¹⁶⁰ defende a adoção de níveis de intensidade do controle judicial no sistema jurídico brasileiro, o que, segundo afirma, contribuirá para a atuação mais previsível do juiz constitucional, pois dá contornos mais rígidos à máxima da proporcionalidade, cuja utilização como subprincípio tem ensejado o decisionismo e o discricionarismo judicial, com ênfase em deliberações marcadas pela consciência individual de cada juiz.

O autor pondera que essa empreitada aumenta as chances de os juízes serem imparciais, pois admite parâmetros e preferências em abstrato para cada direito fundamental, os quais devem ser observados por juízes antigos ou novos, circunstância que diminui a probabilidade de o juiz valer-se do cargo para fomentar as suas próprias preferências políticas, evitando-se, com isso, casuísmos.

Sua proposta considera¹⁶¹:

[...] tão necessário quanto obstar a excessiva politização dos direitos fundamentais, entregando-os à livre disposição do legislador infraconstitucional, é evitar-se, outrossim, a excessiva judicialização dos direitos fundamentais, a qual se manifesta precipuamente na tendência de encontrar uma solução para todos os problemas jurídicos na Constituição.

Nessa perspectiva, ele trabalha com a ideia de “constituição moldura”, que não proíbe nem exige tudo, pois deixa um espaço em branco, dentro do qual o legislador democraticamente está legitimado a agir. Impede-se, assim, a “subconstitucionalização” e a “hiperconstitucionalização”¹⁶²; basta a constitucionalização do direito (a ordem-moldura)¹⁶³.

Utilizando o direito fundamental à liberdade de expressão como fio condutor do seu estudo, ele nos apresenta os diferentes níveis de intensidade (modelo norte-americano) e de densidade (modelo alemão) da jurisdição constitucional¹⁶⁴.

Os diferentes níveis de intensidade de escrutínio (*standards of review* ou *levels of scrutiny*) tiveram origem nos Estados Unidos, com o julgamento do caso *United States v. Carolene Products*, que pode ser assim resumido¹⁶⁵:

¹⁶⁰ *Op. cit.* Costa Neto (2017).

¹⁶¹ *Op. cit.* Costa Neto (2017, p. 229).

¹⁶² E aqui se aplicam os conceitos de subinclusão e superinclusão que nos referimos no item 2.1.3 *supra* para os recursos extraordinários *lato sensu*.

¹⁶³ Cf. Costa Neto (*Op. cit.* 2017, p. 216).

¹⁶⁴ É certo que a tese de Costa Neto está mais afinada com a *Stufentheorie*, preferida por ele a adoção pura e simples dos *standards of review* ou dos *Kontrolldichten* (2017, p. 197-202). Porém, como o recorte deste estudo pretende empreender a adoção de um segundo filtro para o exame dos recursos extraordinários *lato sensu*, ficaremos limitados apenas à sugestão de adaptação dos níveis de intensidade/densidade da jurisdição para essa finalidade.

¹⁶⁵ Tradução nossa: “**Fatos do caso** Um ato do Congresso de 1923 proibiu o envio interestadual de “leite processado” (leite desnatado misturado com gordura ou óleo que não seja gordura láctea). A Carolene Products, fabricante de leite, foi indiciada nos termos da lei. O tribunal de julgamento indeferiu a acusação. Ao apelar ao governo federal, o tribunal foi encarregado de determinar se a lei era inconstitucional nos termos da Quinta Emenda. A Carolene Products argumentou que a lei não tinha uma base racional e também que o Congresso não

Facts of the case

A 1923 act of Congress banned the interstate shipment of "filled milk" (skimmed milk mixed with fat or oil other than milk fat). Carolene Products, a milk manufacturer, was indicted under the Act. The trial court dismissed the indictment. On appeal to the federal government, the court was tasked with determining whether the Act was unconstitutional under the Fifth Amendment. Carolene Products argued that the law lacked rational basis and also that Congress did not regulate the use of oleo margarine, which substituted vegetable fats for butter fat, in interstate commerce.

Question

Does the law violate the Commerce Power granted to Congress in Article Section 8 and the Due Process Clause of the Fifth Amendment?

Conclusion

In an opinion authored by Justice Harlan Fiske Stone, the Court upheld the act. The majority reasoned Congress may restrict shipments of certain milk substitutes without also restricting butter. Considering that Congress had held many hearings prior to passing this law, it was reasonable to conclude that Congress believed it was necessary for public welfare. Carolene Products failed to meet its burden of proving that no rational basis for the law existed.

Justice Pierce Butler concurred, and Justice James McReynolds dissented.

Em uma nota de rodapé desse julgado (*footnote n. 4*), *Justice Stone* encaminhou o que seria uma guinada na orientação da Suprema Corte daquele país na proteção dos direitos e das liberdades civis.

Eis o texto da nota de rodapé mais famosa e mais citada da história constitucional norte-americana¹⁶⁶:

There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth. See *Stromberg v. California*, 283 U.S. 359, 369-370; *Lovell v. Griffin*, 303 U.S. 444, 452.

regulamentou o uso de óleo/margarina, que substituíam as gorduras vegetais por gordura de manteiga no comércio interestadual. **Questão** A lei viola o poder do Congresso de regular o comércio concedido na Seção 8 e a cláusula do devido processo legal da Quinta Emenda? **Conclusão** No voto do *Justice Harlan Fiske Stone*, o Tribunal confirmou o ato. Foi decidido pela maioria que o Congresso pode restringir as remessas de certos substitutos do leite sem restringir também a manteiga. Considerando que muitas audiências haviam sido realizadas antes da aprovação desta lei, era razoável concluir que o Congresso acreditava ser ela necessária para o bem-estar público. A Carolene Products não conseguiu demonstrar a ausência de base racional para a lei. O *Justice Pierce Butler* concordou, e o *Justice James McReynolds* divergiu (*United States v. Carolene Products Company*, Oyez. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1900-1940/304us144> . Acesso em 19 maio 2021).

¹⁶⁶ Em tradução livre, no que aqui interessa: "Pode existir um âmbito mais estreito para a utilização da presunção de constitucionalidade quando a legislação aparece, evidentemente, compreendida dentro de uma proibição específica da Constituição, como as das dez primeiras emendas, que se consideram igualmente relacionadas na Décima Quarta. [...] É desnecessário considerar agora se a legislação que restringe estes processos políticos, dos quais ordinariamente se espera que provoquem a repulsa de leis indesejáveis, deve se submeter a um escrutínio judicial mais rigoroso, embaixo das proibições gerais da Décima Quarta Emenda, do que os outros tipos de legislação. A respeito das restrições ao direito de voto, ver [...]; das restrições à divulgação de informações, ver [...]; das interferências com organizações políticas, ver [...]; sobre a proibição de reunião pacífica, ver [...]. Tampouco precisamos investigar agora se considerações similares devem ser feitas na revisão de leis dirigidas a singulares minorias religiosas [...], nacionais [...] ou raciais [...], ou se preconceitos contra minorias discretas e insulares devem constituir uma condição especial, que tende a restringir o funcionamento desses processos políticos nos quais se pode ordinariamente confiar para a proteção das minorias, e que podem exigir uma investigação judicial correspondentemente mais inquiridora [...]."

It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political processes which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation. On restrictions upon the right to vote, see *Nixon v. Herndon*, 273 U.S. 536; *Nixon v. Condon*, 286 U.S. 73; on restraints upon the dissemination of information, see *Near v. Minnesota ex rel. Olson*, 283 U.S. 697, 713-714, 718-720, 722; *Grosjean v. American Press Co.*, 297 U.S. 233; *Lovell v. Griffin*, supra; on interferences with political organizations, see *Stromberg v. California*, supra, 369; *Fiske v. Kansas*, 274 U.S. 380; *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 373-378; *Herndon v. Lowry*, 301 U.S. 242; and see *Holmes, J.*, in *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, 673; as to prohibition of peaceable assembly, see *De Jonge v. Oregon*, 299 U.S. 353, 365.

Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious, *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510, or national, *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390; *Bartels v. Iowa*, 262 U.S. 404; *Farrington v. Tokushige*, 273 U.S. 484, or racial minorities, *Nixon v. Herndon*, supra; *Nixon v. Condon*, supra: whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry. Compare *McCulloch v. Maryland*, 4 Wheat. 316, 428; *South Carolina v. Barnwell Bros.*, 303 U.S. 177, 184, n. 2, and cases cited.

E por que essa nota de rodapé é tão importante? Além de instituir o que ficou posteriormente denominado “níveis de escrutínio da jurisdição constitucional” (*standards of review* ou *levels of scrutiny*), privilegiou o direito à saúde pública, digamos assim, em detrimento do direito à propriedade e ao livre comércio alegados pela Companhia Carolene, matérias caras à política do *New Deal* até então referendadas pela Suprema Corte (costumava-se declarar inconstitucionais leis que intervissem na ordem econômica ou que garantissem direitos a trabalhadores)¹⁶⁷.

Nesse caso, a Suprema Corte norte-americana concluiu pela validação da lei impugnada, em escrutínio básico (além de se estabelecer o escopo mais estreito para a operação da presunção de constitucionalidade quando a legislação aparenta estar dentro de uma proibição específica da Constituição¹⁶⁸, encaminhou para o futuro a definição de alguns exemplos que demandariam escrutínios judiciais mais densos e rigorosos), porque o *Filled Milk Act (FMA)*, de 1923) era constitucional ao dispor que a proibição de exportar para outros Estados leite de vaca com a sua composição natural alterada (leite desnatado combinado com gorduras ou óleos que não a gordura do leite, a se assemelhar ao leite ou creme) poderia colocar em risco a saúde dos cidadãos (*public welfare*).

¹⁶⁷ Cf. Clève e Lorenzetto (**Constituição, governo democrático e níveis de intensidade do controle jurisdicional**. Revista Jurídica Luso Brasileira - RJLB, Ano 1, nº 2, 2015, p. 414-415).

¹⁶⁸ Da conclusão desse julgado extrai-se que a Suprema Corte levou em consideração que o Congresso realizou muitas audiências antes de aprovar a lei (*Filled Milk Act*) e que seria razoável acreditar que ela era necessária para o bem-estar público, além de que a recorrida – *Carolene Products* – não provou que não existia base racional para a lei.

Acerca da importância da nota de rodapé n. 4 em *United States v. Carolene Products* comentaram Clève e Lorenzetto¹⁶⁹:

[...] a partir de *Carolene Products* foi possível identificar um conjunto de padrões através dos quais cumpriria à Corte decidir, adotando postura mais ativa, em função, inclusive, do manejo de escrutínio mais rigoroso, ou deferente em relação à produção legislativa, diante de escrutínio menos exigente.

A nota de rodapé número 4 fornece uma ‘direção’ para a justificação e funcionamento da jurisdição constitucional e, por isso, entende-se que a decisão em *Carolene Products* ainda possa orientar debates contemporâneos acerca do tema, mesmo em diferentes países.

Ainda que seja imperioso reconhecer a diferença de contextos e práticas, os problemas suscitados pela nota de rodapé são pertinentes em qualquer Estado democrático de Direito.

[...]

A demanda por um escrutínio mais exigente (*more exacting judicial scrutiny*), foi derivada da Nota de Rodapé n. 4 de *Carolene Products*, e de seu projeto de justificação do controle de constitucionalidade no sentido do desenvolvimento de um standard elevado para a fiscalização, o qual complementaria o controle baseado na racionalidade (*rational basis*), nos casos de direitos que demandassem atenção especial.

Compreende-se que o escrutínio estrito foi criado não como um mecanismo para afastar a constitucionalidade de qualquer lei, mas como instrumento que procurou combinar elementos doutrinários de diferentes tempos para controlar leis em defesa de direitos. O uso expresso do termo aconteceu em um caso posterior, em *Skinner v. Oklahoma* (1942).

O controle norte-americano da jurisdição constitucional (*standards of review* ou *levels of scrutiny*) pode ser realizado em três níveis de intensidade distintos (*three tier test*¹⁷⁰): escrutínio estrito (*strict scrutiny*: mais intenso, denso e rígido, aumenta a probabilidade de uma lei ser declarada inconstitucional); escrutínio intermediário (*intermediate scrutiny*: que reclama dois requisitos: interesse estatal importante e relação substancial entre o interesse estatal importante e a lei impugnada); e escrutínio básico racional ou escrutínio mínimo (*rational basis review* ou *minimum scrutiny*: é a regra do sistema jurídico norte-americano; basta que o Estado prove que existe uma “relação racional” entre “um propósito ou objetivo estatal legítimo” para que sejam verificadas pelo juiz).¹⁷¹

Para Costa Neto¹⁷²:

A cada um dos três graus, corresponde uma margem de conformação ou discricionariedade que é concedida ao legislador ou ao administrador público. Por via de consequência, quão maior for a margem de conformação, tanto maior será a deferência do Poder Judiciário perante o Executivo ou o Legislativo.

¹⁶⁹ *Idem*. Clève e Lorenzetto (2015, p. 431-432/456).

¹⁷⁰ Cf. Clève e Lorenzetto (*Op. cit.* 2015, p. 112).

¹⁷¹ Cf. Costa Neto (*Op. cit.* 2017, p. 181-184).

¹⁷² *Op. cit.* Costa Neto (2017, p. 171).

Clève e Lorenzetto¹⁷³, por sua vez, compartilham do entendimento de Costa Neto ao defenderem a aplicabilidade dos *standards* no Brasil, afirmando o que segue:

Os *standards*, aproveitada a ideia dos níveis distintos de escrutínio, são úteis para a discussão sobre os parâmetros para o controle de constitucionalidade no Brasil. Não visam, por isso, afastar outras formulações análogas que possam refinar as considerações apresentadas. Por outro lado, poderiam pensar alguns que uma dogmática constitucional emancipatória implica prática em descompasso com as exigências democráticas porque instrumentalizadora de um suposto ativismo judicial. Nada mais falso. É verdade que esta dogmática preocupa-se com a realização dos comandos constitucionais, em particular aqueles tratando dos direitos fundamentais. E nesse passo, acredita no importante papel a ser desenvolvido pelo Judiciário brasileiro, sobretudo no exercício da jurisdição constitucional. Nem por isso propõe um papel para o juiz que esteja além daquele desenhado pela arquitetura da organização dos poderes da Constituição ou que implique indevida compressão do campo de escolhas legítimas do legislador a partir de um processo aberto de deliberação com repercussão na arena pública.

O Judiciário ocupado com as promessas constitucionais não será nem ativista, nem deferente, com as escolhas do legislador. Operará, conforme o caso, mas sempre a partir de bases racionais com sustentação na Lei Fundamental, ora um controle mais forte, ora um controle mais débil do ato (omissivo ou comissivo) impugnado. Transitará entre a autocontenção, prestando deferência à escolha do legislador, e o controle mais forte (ativismo) para a proteção desta ou daquela situação.

Em qualquer caso, porém, deverá adotar postura vigilante a respeito dos postulados da democracia (que implicam autogoverno e definição de escolhas prioritariamente através do processo público de deliberação). Há momentos, como aqueles que envolvem a defesa de minorias contra a discriminação, a proteção da liberdade de manifestação e de opinião, a proteção do mínimo existencial, verdadeiras condições para o exercício da democracia, exigentes de um controle forte do Judiciário.

Há outros, ao contrário, desafiantes, *prima facie*, de uma postura de autocontenção, de deferência para com a decisão do legislador. São necessários argumentos muito robustos para justificar, em casos assim, uma ação distinta do órgão judicial. Cite-se, por exemplo, as questões difíceis que supõem interpretação de cláusulas constitucionais (abertas) autorizadoras de concepções distintas e razoáveis num ambiente de pluralismo moral.

Nesses casos, em princípio, a escolha do legislador, tomada a partir de um processo público de deliberação, não deve ser substituída pela do juiz. Aqui, sim, ocorre a substituição, manifestar-se-ia hipótese eventualmente contrastante com a experiência democrática.

Não se trata, para o juiz, portanto, de agir contra a democracia, mas, antes, para a democracia.

Como se observa, a postura esperada do juiz não deve ser nem extremada a ponto de se arvorar em legislador e tentar promover a Constituição ou a lei segundo os seus próprios valores (= arbítrio; aqui deve primar pela autocontenção e pela deferência ao legislador), nem de conivência com tudo o que estiver convertido em legislação, sobretudo nas hipóteses em que valores fundamentais da democracia estiverem ameaçados (= subserviência; nessas hipóteses, a atuação judicial pela via do controle de constitucionalidade é necessária e bem-vinda em defesa, em última análise, da própria democracia).

¹⁷³ *Op. cit.* Costa Neto (2015, p. 458-459).

Já no sistema jurídico alemão, a origem das densidades de controle (*Kontrolldichten*) ou de parâmetros de avaliação ou aferição (*Prüfungsmaßstäbe*) aparece com a decisão do Tribunal Constitucional Federal (TCF) sobre o *Mitbestimmungsgesetz*¹⁷⁴ e foi bem retratada por Costa Neto¹⁷⁵:

Ao que nos consta, a ideia de múltiplos *Kontrolldichten* (densidades de controle) ou *Prüfungsmaßstäbe* (parâmetros de avaliação ou aferição) surgiu na decisão sobre o *Mitbestimmungsgesetz*, de março de 1979. Trata-se, salvo melhor juízo, da primeira vez em que se invocou esse conceito na jurisprudência do *BVerfG*. Grosso modo, o *Mitbestimmungsgesetz* exige que os conselhos diretores de sociedades empresárias com mais de 2.000 empregados sejam compostos, na sua metade, por representantes dos empregados.

Em uma parte crucial da decisão proferida, foram feitas considerações sobre como o Tribunal Constitucional deve lidar com os prognósticos assumidos como verdadeiros pelo legislador. Chegou-se à conclusão de que os efeitos econômicos da lei sobre a higidez financeira das sociedades empresárias eram bastante incertos. Não obstante, tal incerteza não poderia ser suficiente para excluir a autorização do legislador para dispor sobre a matéria.

Outro importante conceito trazido por Costa Neto é o de margem de conformação do legislador, a qual¹⁷⁶:

[...] funda-se sobre uma ideia básica: o *Grundgesetz* institui proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), bem assim mandamentos de proteção (*Schutzgebote*). Estes dão contornos à proibição de proteção insuficiente (*Untermaßverbot*), enquanto que aqueles delimitam a proibição de excesso (*Übermaßverbot*). Deve-se, todavia, preservar um espaço livre – uma margem de conformação – entre as duas proibições, a do excesso e a da insuficiência. Em regra, o legislador não pode ver sua esfera de atuação comprimida por uma braçadeira; é necessário garantir área de manobra, para que possa haver autodeterminação popular [...]

Na Alemanha, a diferenciação da densidade de controle também se desdobra em três níveis distintos^{177 178}: (i) controle intensificado de conteúdo (*intensivierte inhaltliche Kontrolle*: o próprio TCF examina erros dos Tribunais Superiores no que tange à determinação do caso concreto e à interpretação do direito ordinário, de maneira independente e pormenorizada); (ii) controle de plausibilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*: de intensidade moderada, por via de regra, tem sido o tipo de intensidade de controle mais utilizado; para passar por esse controle a lei tem que se mostrar ao menos defensável ou plausível; preza-se pela prerrogativa avaliativa do

¹⁷⁴ *BVerfGE* 50, 290.

¹⁷⁵ *Op. cit.* 2017, p. 185.

¹⁷⁶ *Op. cit.* 2017, p. 186-187.

¹⁷⁷ Cf. Klatt (**A máxima da proporcionalidade: um elemento estrutural do Constitucionalismo global**. 2014, p. 40). Klatt ressalta também que a “escolha de uma intensidade de controle específica deve ser fundamentada no caso concreto, podendo-se recorrer aos critérios de intensidade da interferência do direito fundamental ou da insegurança cognitiva quanto a decisões baseadas em prognósticos.”

¹⁷⁸ Cf. Costa Neto (*op. cit.* 2017, p. 193-196).

legislador); e (iii) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*: avaliação um pouco mais branda; a lei só deixará de prevalecer se manifestamente arbitrária ou equivocada).

Costa Neto destaca, ainda, que a prerrogativa avaliativa do legislador depende de diferentes fatores, em especial: (1) do tipo de matéria em questão, (2) das possibilidades de se construir um juízo satisfatoriamente seguro e (3) e do significado dos bens jurídicos em jogo.

6.3 APLICABILIDADE DO CONTROLE DE INTENSIDADE DA JURISDIÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Como mencionado anteriormente, hoje em dia, no Brasil, parece existir algum tipo de filtragem não institucionalizada que leva a uma diferenciação de processos que são considerados, por exemplo, como repetitivos, outros que são submetidos a decisões monocráticas e a julgamentos eletrônicos – em plenário virtual (casos fáceis) e outros que vão à pauta de julgamento presencial, reclamam a realização de audiência públicas etc. (casos difíceis). A definição prévia dos níveis de intensidade do controle judicial a ser desenvolvida no exame dos recursos extraordinários *lato sensu* poderia até mesmo contribuir para iluminar melhor esses critérios com vistas à sua sistematização e uniformidade de aplicação.

Com efeito, pensando nessa relação em função dos diferentes níveis de intensidade de jurisdição (estrito, intermediário e básico), seria possível, a partir da discussão a ser travada no recurso (caso x tema x normas impugnadas), delimitar o âmbito de intensidade do controle jurisdicional a ser desempenhado no caso.

Assim, parece-nos plenamente possível a adoção de um sistema de diferenciação de intensidade/densidade da jurisdição para o sistema jurídico brasileiro, notadamente para o STF e para o STJ, também para o conhecimento dos recursos extraordinários *lato sensu* (controle de constitucionalidade e de legalidade difuso, na perspectiva da interpretação conforme como método de interpretação), numa espécie de segundo filtro recursal, a ser aferido como passo seguinte ao reconhecimento da repercussão geral/relevância.

Esse segundo filtro teria a função de identificar se a alegada violação de preceito constitucional ou legal é provável, em tese, e, a depender do nível de risco de sua interferência direta em determinado bem jurídico protegido, para, a partir daí, encaminhar a definição prévia do nível de intensidade de jurisdição a ser aplicado (em básico, intermediário ou estrito) ao julgamento do recurso.

De outra parte, contingências de ordem formal (como a deficiência probatória, perda de prazo processual peremptório) tenderiam a passar pelo escrutínio racional básico, na medida

em que, apesar de impactar indiretamente na fruição de determinado direito material, em princípio, não acarretariam violação direta de preceito constitucional ou texto legal.

De igual modo, a interpretação judicial formulada a partir da zona de penumbra da norma também deveria se sujeitar, em princípio, ao nível de escrutínio racional básico, a menos que se demonstre a proteção insuficiente ou o excesso de arbítrio (controle das bordas pelo excesso ou pela insuficiência, observada a margem de conformação do legislador).

Ao decidir por um ou outro caminho dentro da zona cinzenta da norma que não seja flagrantemente inconstitucional ou ilegal e que não represente risco para a federação¹⁷⁹ (por exemplo, se demonstradas divergências jurisprudenciais entre os tribunais de apelação dos entes federados de consequências mais graves para os cidadãos, colocando em sério risco a isonomia), deve ser preservada a conclusão judicial que aponte para um resultado subótimo (*ratio* da antiga Súmula n. 400/STF¹⁸⁰), tolerando-se, eventualmente, as correções judiciais decorrentes da aplicação de regras “superinclusivas” ou “subinclusivas” (*defeasible*¹⁸¹).

Com isso, fomenta-se a independência funcional dos magistrados e colabora-se em promover maior reconhecimento pelo trabalho daqueles que procuram fazer cumprir a Constituição Federal e as leis federais do país.

É certo que, como obra humana, é um processo inacabado que continuará em evolução, não estando garantido que a sua adoção sempre proporcionará resultados excelentes. A própria história constitucional americana já demonstrou isso em *Korematsu v. United States*¹⁸², caso que foi julgado com nível de escrutínio estrito após a famosa nota de rodapé n. 4 de *United States v. Carolene Products*, 304 U.S. (1938), cujo resultado ainda hoje envergonha os anais da Suprema Corte americana¹⁸³ (único caso em que foi mantida a constitucionalidade de uma lei que promovia discriminações com base na raça).

Nessa mesma linha de raciocínio a respeito da função dos níveis de intensidade de controle, em remate, colaciona-se a lição de Costa Neto¹⁸⁴:

Os níveis de intensidade de controle não garantem resultados, nem dotam o raciocínio jurídico de precisão aritmética – o que seria de todo inviável e até indesejável. O que

¹⁷⁹ Schauer aponta exemplo interessante ao comentar a expressão “melhor interesse da criança” cuja definição compreende certa margem de discricionariedade ao magistrado no sentido de aferi-lo no caso concreto e que, a depender do caso, essa conformação pode variar, de modo que, pela regra da lei, não se poderia cogitar ilegalidade da parte do juiz simplesmente porque, diante de determinado contexto, considera que o melhor interesse da criança é permanecer na guarda da mãe. Ou, em outras circunstâncias, que a guarda deva ficar com o pai. Tudo isso em nome do melhor interesse da criança (*Op. cit.* Frederick Schauer. **Thinking [...]**. 2012. p. 188).

¹⁸⁰ Cf. Costa Neto (*op. cit.* 2017, p. 237-238).

¹⁸¹ *Idem*, p. 290.

¹⁸² *Korematsu v. United States* 323 U. S. 214 (1944).

¹⁸³ Cf. Costa Neto (*op. cit.* 2017, p. 183).

¹⁸⁴ *Op. cit.* 2017, p. 182-183.

os níveis de intensidade oferecem é uma estrutura formal que enfatiza os ônus argumentativos e a *accountability* a que está sujeito o magistrado. Ademais, criam-se parâmetros mais racionais, rígidos e previsíveis para as decisões.

Feitas essas considerações, podemos enumerar os seguintes pontos como vantagens à adoção dos níveis de intensidade ou de densidade do escrutínio judicial:

- Enfatiza o papel institucional moderno das Cortes Superiores, abandonando a pecha de “terceira instância”, proporcionando mais isonomia nos julgamentos, por intermédio da instituição de precedentes (combate-se o casuísmo judicial¹⁸⁵);
- Privilegia o princípio da separação dos poderes, reduzindo o fenômeno do ativismo judicial (na perspectiva do narcisismo constitucional, ativismo pernicioso);
- Aumenta a certeza do direito e a segurança jurídica no tempo presente, restringindo o papel interpretativo dos juízes (decisionismo e discricionarismo judiciais);
- Imprime mais velocidade aos julgamentos (a ensejar o não conhecimento de recursos interpostos contra decisões que aplicam regras estritas e contra aqueles que conferem certo grau de discricionariedade ao legislador, às partes e ao julgador, sem que haja violação direta do texto legal, nem sub ou superinclusão, nem represente proteção insuficiente ou excesso de arbítrio judicial), possibilitando que os órgãos colegiados das cortes supremas possam ter mais tempo disponível para se debruçar sobre o julgamento dos casos realmente mais relevantes.

Em conclusão, a reflexão proposta chama a atenção para que, com o advento do CPC/2015 (apesar da sua pretensão ainda não realizada de instituir um sistema de precedentes), é possível a adoção de diferentes níveis de escrutínio de intensidade ou densidade da jurisdição como segundo filtro para o conhecimento de recursos extraordinários *lato sensu*, com vistas a fortalecer e consolidar o seu papel institucional como corte de precedentes, racionalizando os seus trabalhos e, com isso, promover maior reconhecimento do papel dos magistrados de primeiro e de segundo graus que observam as leis e procuram fazer cumprir a Constituição Federal do país.

¹⁸⁵ Cf. Costa Neto (*op. cit.* 2017, p. 174).

7 UMA NOVA PROPOSTA DE MODELO DE JULGAMENTO COLEGIADO

Courts matter. [...] But in the digital age, when conventional justice systems are creaking, we should be open to the possibility of fundamental change.

(Richard Susskind)

7.1 CORTES *ONLINE* E JUSTIÇA 4.0

O pesquisador do Direito não tem condições de promover um experimento com determinado grupo populacional da mesma forma como é feito, por exemplo, nas ciências médicas. Não há como se proceder ao isolamento controlado das variáveis estudadas.

Desse modo, ao contrário do que afirmou Susskind¹⁸⁶ para a realidade inglesa, aqui no Brasil temos, sim, sobretudo diante da tradição cultural, “trocado o pneu com o veículo em movimento”. Teremos que nos tornar corte de precedentes sendo corte de revisão. Não se cogita suspender as atividades hoje desempenhadas pelo STJ enquanto se prepara a chegada de uma nova corte totalmente repaginada.

No entanto, a oportunidade que veio a lume com o Código de Processo Civil, no sentido de que as nossas cortes supremas, STF e STJ, pudessem se tornar, de uma vez por todas, cortes de vértice, parece estar se esvaindo.

Contudo, a regulamentação da EC n. 125/2022 e os estudos para a implantação de um Código de Processo Constitucional brasileiro se descortinam como novas janelas de oportunidade para se operar essa revolução.

Com a instituição do filtro positivo pela EC n. 125/2022, pensamos que a sua regulamentação, tanto pela lei como pelo regimento interno do STJ, poderia acelerar essa revolução a partir da forma como os recursos especiais hoje são processados.

E o que nos vem à mente para fazer essa sugestão é uma proposta bem simples: que o exame da preliminar de relevância seja feito de forma prévia e destacada das razões recursais tradicionais, mediante a utilização de formulário eletrônico (um para cada questão federal), processado automaticamente, com o auxílio de IA, para ser votado em plataforma de julgamento virtual.

Além de essa simples medida proporcionar uma melhor triagem dos recursos e da classificação das questões federais propostas, evita-se desperdício de tempo e de energia para

¹⁸⁶“[Y]ou can’t change the wheel on a moving car.” (**Online courts and the future of justice**. Nova Iorque: Oxford. 2019. p. 111).

o exame de toda e qualquer tese recursal aviada em procedimento recursal único, na medida em que, preenchido um formulário para cada questão, elas poderão ser analisadas de forma autônoma e, não só isso, também agrupadas por questões semelhantes, análogas ou idênticas deduzidas em outros recursos de outras partes.

É que nos parece mais racional processar, em primeiro lugar, o exame da relevância das questões recursais numa fase preliminar que seja bem simples, rápida e barata, para só então permitir que sejam apresentadas as razões recursais de estilo apenas quanto às questões julgadas relevantes pelo órgão colegiado competente.

Nesse aspecto, são tomados os conceitos de cortes *online*, desenvolvido por Susskind¹⁸⁷, e de “Justiça 4.0”, apresentado em obra coletiva coordenada por Fux, Martins e Shuenquener.¹⁸⁸

Para o primeiro autor citado, os serviços judiciais do futuro serão entregues como um misto de alguns ou de todos os tribunais físicos, audiências virtuais e tribunais *online*, de forma mais barata, simples e rápida¹⁸⁹.

O conceito de “Justiça 4.0”¹⁹⁰, por sua vez, foi cunhado a partir dos impactos da chamada “Quarta Revolução Industrial” no Poder Judiciário e da obra coletiva citada¹⁹¹, destaca-se:

A expressão “Justiça 4.0” integra o “Programa Justiça 4.0 – Inovação e efetividade na realização da Justiça para todos”, 4º Eixo da atual gestão do Conselho Nacional de Justiça, presidido pelo Ministro Luiz Fux.

O adjetivo “4.0” é oriundo do que se convencionou denominar de “Quarta Revolução Industrial”. Esta seria a atual etapa das sucessivas revoluções tecnológicas ocorridas desde a primeira revolução industrial.

A acadêmica Dominique Nijssen demonstra que embora a expressão revele a ideia de inovação, não existe precisão científica nos textos acadêmicos quanto a sua extensão. Baseada no exame de 3.455 publicações científicas correspondentes ao período de 2012 a 2018, com utilização da técnica “co-word analysis”, a autora conclui que a expressão “Quarta Revolução Industrial” é dotada de grande volatilidade e absorve tudo o que é, de certa forma, promissor.

O verbete 4.0 é utilizado pelo Conselho Nacional de Justiça em sentido simbólico. A Justiça 4.0 representa a ideia de “inovação e efetividade” com a finalidade da realização da justiça. As tecnologias da informação aplicadas ao ambiente judicial podem promover, e promovem, mudanças paradigmáticas, capazes de atender aos melhores interesses da jurisdição. Em razão desta capacidade inovadora das tecnologias aplicadas à jurisdição, sugere-se articuladamente a utilização da expressão “inovação disruptiva” neste universo.

¹⁸⁷ *Op. cit.* Richard Susskind. **Online courts and the future of justice**. Nova Iorque: Oxford. 2019.

¹⁸⁸ Luiz Fux, Humberto Martins, Valter Shuenquener, coordenação; Alexandre Chini, Anderson de Paiva Gabriel, Fábio Ribeiro Porto, organização. Vários autores. **O Judiciário do futuro [livro eletrônico] : Justiça 4.0 e o processo contemporâneo**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

¹⁸⁹ *Op. cit.* Richard Susskind. **Online courts** [...]. 2019. p. 63.

¹⁹⁰ O conceito de Justiça 4.0 também foi utilizado pelo CNJ na elaboração da Meta Estratégica nacional n. 10, relativa à transformação digital do STJ. Informações mais detalhadas podem ser encontradas no *link* seguinte: [Conselho Nacional de Justiça \(cnj.jus.br\)](https://www.cnj.jus.br) Acesso em 4 out. 2022.

¹⁹¹ *Idem.* Fux, Martins e Schuenquener. **O Judiciário do futuro**. 2022. p. RB-10.4.

A semântica da palavra “disruptiva” popularizou-se como atividade tecnologicamente inovadora. Inovação ou tecnologia disruptiva, no entanto, é um conceito técnico da área de econômica desenvolvido em pelo professor de Harvard Clayton M. Christensen e seus associados no ano de 1995. Disrupção, em síntese, é o processo pelo qual uma empresa pequena e dotada de menores recursos consegue desafiar empresas dominantes de um determinado negócio. As empresas disruptivas iniciam o avanço oferecendo seus produtos e serviços aos segmentos negligenciados do mercado em questão, apresentando funcionalidade mais adequada e, com frequência, a menores preços, enquanto as empresas já consolidadas focam em seus clientes mais exigentes e, normalmente, mais lucrativos.

Sob o ponto de vista estritamente conceitual, não existiria inovação disruptiva no segmento público por não se desenvolver na esfera econômica. Este seria o caso do Poder Judiciário. Todavia, é possível afirmar que ferramentas de maior funcionalidade e menor custo podem provocar mudanças paradigmáticas e capazes de substituir, na integralidade, sistemas anteriores. Esse movimento pode ser sensatamente considerado semelhante à inovação disruptiva que ocorre no universo da economia.

A substituição no processo judicial do paradigma papel pelo paradigma eletrônico, por exemplo, representa acréscimo de funcionalidades e, em termos gerais, redução de custos que permitiriam caracterizar a mudança como paradigmática e disruptiva. Esse caráter disruptivo mostraria sua existência no curso de uma dramática pandemia.

Convém observar que essa proposta de exame destacado da preliminar de relevância do recurso especial não é nova no cenário internacional, conforme se verifica nas palavras de Bonat e Peixoto¹⁹² acerca da utilização da preliminar para o recurso extraordinário:

[...] a repercussão geral se identifica com o instituto do *writ of certiorari* presente no sistema norte-americano desde meados de 1789, mas aprimorado em 1925, com a promulgação do *Judge’s Bill*, marco do uso da discricionariedade judicial exercida pela Suprema Corte dos Estados Unidos. O objetivo do *writ* era reduzir consideravelmente a jurisdição recursal da Suprema Corte norte-americana, bem como, a partir de seu advento, ampliar seus poderes analisando apenas questões específicas.

A evolução do instituto também foi traçada por Marinoni e Mitidiero ao comentarem o perfil histórico do recurso especial¹⁹³:

[...] a solução da crise das Cortes Supremas não passa tanto pela divisão da competência entre diferentes cortes, mas, sobretudo, pela transformação no modo como esses tribunais exercem as suas funções. Não por acaso, a *Supreme Court* dos Estados Unidos só conseguiu superar a sua crise de funcionamento com o *Judiciary Act de 1925* e a adoção do *writ of certiorari* como seu meio padrão de acesso – exemplo seguido igualmente pelo *Bundesgerichtshof* alemão com a adoção do requisito da “*Rechtssache grundsätzliche Bedeutung*” para conhecimento do recurso de “*Revision*” e pela *Supreme Court of the United Kingdom*, que condiciona o “*leave to appeal*” à arguição de “*points of law of general public importance*”. Em outras palavras: quando a função dessas cortes migrou do controle reativo e retrospectivo para a interpretação proativa e prospectiva, acentuando-se com maior intensidade o *jus constitutionis* em detrimento do *jus litigatoris*.

Daí a necessidade de pensarmos igualmente o recurso especial como um recurso voltado à interpretação proativa e prospectiva fundada no *jus constitutionis*, cujo

¹⁹² Debora Bonat e Fabiano Hartmann Peixoto. **Racionalidade no direito: inteligência artificial e precedentes**. Curitiba: Alteridade, 2020, p. 99.

¹⁹³ Marinoni e Mitidiero: *Op. cit.* **Recurso extraordinário e recurso especial** [...]. 2. ed. São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 101.

resultado é a formação de precedentes. Vale dizer: de empreendermos uma recompreensão também do sistema processual do recurso especial voltado para a Corte Suprema de Direito Federal.

Como se nota, a dinâmica do filtro de admissibilidade positivo na experiência internacional mostrou-se essencial para a mudança de perfil de corte de revisão para corte de interpretação, pois ele sinaliza fortemente a alteração do perfil institucional da corte a partir da postura dos seus ministros em selecionar e julgar apenas os temas ou questões mais relevantes e que, por isso, estão a merecer mais a intervenção da corte superior¹⁹⁴.

No tópico seguinte, passa-se a sustentar proposta de análise destacada da preliminar de relevância da questão federal em plataforma de deliberação virtual.

Mais adiante, serão abordados outros pontos de reformulação procedimental que podem contribuir para a reflexão de uma nova proposta de deliberação colegiada no âmbito do STJ (e, no que couber, também para o STF).

7.2 FASE PRELIMINAR DE PROCESSAMENTO DA ARGUIÇÃO DE RELEVÂNCIA

Como a petição de arguição é apresentada na instância de segundo grau e a relevância apreciada perante o tribunal superior, essa fase é desdobrada em duas:

7.2.1 Fase preliminar de processamento da arguição de relevância perante o tribunal de segundo grau

Seria uma hipótese de solicitação de autorização para recorrer ou de acesso à corte superior, à moda do que já se sucede em outros países como: Alemanha, Argentina, Austrália, Canadá, Estados Unidos, Inglaterra e Japão¹⁹⁵, processado inicialmente perante o tribunal de segundo grau.

Mesmo no Brasil, quando a competência para a uniformidade da interpretação da legislação infraconstitucional ainda tocava ao STF, existiu uma forma de arguição de relevância

¹⁹⁴ Conferir também a valiosa pesquisa sobre o perfil histórico do recurso extraordinário também em Marinoni e Mitidiero, especialmente a evolução do *writ of certiorary* no sistema norte-americano e o impacto de sua influência no sistema recursal brasileiro republicano (*Op. cit.* **Recurso extraordinário e recurso especial** [...]. 2. ed. São Paulo, Thompson Reuters Brasil, 2020, p. 93-99).

¹⁹⁵ *Op. cit.* Bruno Dantas. **Repercussão geral** [...]. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 96-139.

para destravar recurso extraordinário inadmitido pelo tribunal *a quo*, prevista regimentalmente e que não foi absorvida pelo texto constitucional de 1988.¹⁹⁶

Como já mencionado¹⁹⁷, Mendes propõe em sua obra 3 (três) fases para a deliberação numa corte constitucional.

Ocorre que, para que a corte superior possa exercer o seu papel recursal, o procedimento inicial de recebimento e processamento do recurso, primeiramente, tem lugar perante o tribunal de segundo grau.

Daí a nossa sugestão de acréscimo de mais uma fase preliminar, anterior à chegada do recurso ao tribunal superior, mas nem por isso de somenos importância, destinada à regulação desse momento embrionário do recurso, com usabilidade, intuitividade.

Com os avanços tecnológicos hoje disponíveis, seria possível a criação de um formulário eletrônico (ou mesmo de um aplicativo de celular - *app*) pelo STJ, bem simples e intuitivo, por meio do qual fossem informados os seguintes dados, contemplando os primeiros aspectos sugeridos por Lamond¹⁹⁸:

- (a) Relato do ocorrido: qual é a situação fática, ou melhor, o caso? Descrever, em poucas palavras (em espaço delimitado pelo formulário eletrônico), os fatos do caso tais quais definidos no acórdão recorrido;
- (b) Identificação da questão jurídica federal: o recorrente deverá discorrer, em campos específicos e em poucas palavras, qual(is) o(s) dispositivo(s) da legislação federal e os institutos ou categorias jurídicas cuja interpretação precisa ser definida pela Corte Superior. Além disso, deve informar também, na sequência, qual teria sido a interpretação dada pelo acórdão recorrido à questão;
- (c) Relevância dessa questão infraconstitucional a reclamar a atuação da corte superior: explicar os motivos pelos quais a questão federal tem relevância do ponto de vista econômico, jurídico, social e político, e, ainda, por que ela transcende aos interesses pessoais do recorrente sendo cara, também, aos demais membros da sociedade;
- (d) Proposta recursal: elencar o(s) argumento(s) defendidos pelo recorrente no sentido de que aquele raciocínio estaria equivocado e, por isso, a controvérsia deveria ter sido definida de outro modo (reformular o raciocínio sobre a resolução adequada da questão),

¹⁹⁶ Ver Dantas, *op. cit.* p. 262-269. Depois de uma crise de legitimidade na sua exigência apenas pela via regimental, foi promulgada a EC n. 7/1977, que instituiu expressamente a relevância da questão federal, outorgando o processamento do instituto às disposições do regimento interno do STF (art. 119, §§ 1º e 3º, c). Diz Dantas: “[d]iante da pecha de antidemocrático, o instituto sucumbiu à sede de mudança que guiava o constituinte de 1988.” (p. 269).

¹⁹⁷ Ver, a propósito, notas de rodapé n. 110 e 111 *supra*.

¹⁹⁸ Grant Lamond. *Op. cit.* **Precedent and Analogy in Legal Reasoning**. 2016. Edward N. Zalta (ed.).

enquadrando a sua pretensão nas hipóteses pelas quais o recurso especial deveria ter trânsito, a partir de uma releitura do art. 105 da Constituição Federal que emule a função de corte de vértice para o STJ¹⁹⁹. Nesse tópico, o recorrente precisa enquadrar o seu recurso nas hipóteses retromencionadas, discorrendo, ainda, se a questão já foi apreciada pela Corte Superior (ou seja, se há precedente acerca do assunto²⁰⁰) e, nesse caso, demonstrar por que o precedente deve ser aplicado à sua situação (extensão da aplicação do precedente: subinclusão ou proibição de excesso são aspectos que podem ajudar a esclarecer o argumento do recorrente) ou por que o precedente/jurisprudência dominante aplicado(a) deveria ser afastado(a) (restrição da aplicação do precedente: superinclusão ou proibição de excesso).

O pedido, segundo pensamos, deveria ficar mais ou menos com esta feição:

ARGUIÇÃO DE RELEVÂNCIA EM RECURSO ESPECIAL

[METADADOS]²⁰¹

Numeração única:

Número do processo na origem:

TJ/TRF

Julgamento Unânime/por maioria

Classificação de acordo com a Tabela Unificada de Classificação - TUC do CNJ

Recorrente

Recorrido

Situação fática/caso:

Dispositivo(s) violado(s): (preencher um formulário para cada questão apontada como violada; porém, se houver mais de um argumento para a mesma questão, apresentá-los neste mesmo formulário)

Qual é a questão federal infraconstitucional?

Qual o raciocínio jurídico desenvolvido pelo tribunal para definir a questão no acórdão recorrido (=fundamentos jurídicos)?

¹⁹⁹ Cf. Marinoni, “[...] é preciso fazer uma releitura do art. 105 da CF para considerar o cabimento do recurso especial quando: (i) divergir de precedente do STJ; (ii) o precedente do STJ estiver desgastado ou superado pela transformação da realidade, dos valores sociais ou da concepção geral acerca do direito; (iii) excepcionalmente, quando tiver havido equívoco na formulação do precedente; (iv) quando o acórdão recorrido se funda em interpretação ainda não definida pelo STJ; (v) o acórdão recorrido diverge da interpretação de outro tribunal” (*Op. cit.* **O STJ enquanto corte de precedentes** [...]. 2.ed. São Paulo: RT, 2014, p. 125/151).

²⁰⁰ Ou até mesmo informar se já havia “jurisprudência dominante”, pelo menos enquanto se verificar essa fase de transição da corte superior. Esse aspecto também poderá contar com o auxílio de ferramentas de IA.

²⁰¹ Metadados são, *grosso modo*, dados sobre outros dados. Ganham importância porque podem ser aproveitados a partir da sua descrição na linguagem de máquina, sem a necessidade de serem novamente inseridos manualmente pelos interessados, podendo ser estruturados para a produção de mais informações. Exemplo de metadados são os nomes das partes, tipo e classificação da ação, tipo e classificação dos recursos, juízos e relatores competentes, entre outros.

Relevância da questão federal infraconstitucional: Qual a hipótese de interposição do recurso especial?

Há precedente do STJ sobre a questão? Qual(is)?

Se ainda não: por que o STJ deveria se pronunciar quanto a este caso? Ou seja, por que a questão posta no recurso transcende os interesses jurídicos das partes envolvidas e deve ser definida pelo STJ? Há divergência entre os tribunais de apelação sobre a questão?

Proposta recursal: qual(ais) hipótese(s) de cabimento do recurso especial? Por que o acórdão recorrido estaria equivocado? Quais os argumentos do recorrente pelos quais se sustenta que a interpretação do(s) preceito(s) legal(is) deveria ser outra? Ou seja, para o recorrente, qual deve ser a melhor interpretação da questão (caso x dispositivos legais)? Se já houver precedente: por que ele deve ser aplicado ao caso (hipóteses de extensão da aplicação: subinclusão; proteção deficiente etc.)? Ou, por que ele não deveria ter sido aplicado ao caso (hipóteses de restrição – *distinguish* –, superinclusão ou de proibição de excesso, precedente desgastado ou equivocado etc.)?

Os autos devem, então, seguir com vista à contraparte, oportunidade em que lhe será facultado:

- (1) Analisar a situação fática/caso apresentado pelo recorrente e com ele concordar ou não (nessa última hipótese, será necessário fundamentar a sua discordância da narrativa fática do recorrente a partir do acórdão recorrido);
- (2) Impugnar a relevância da questão federal infraconstitucional defendida pelo recorrente;
- (3) Defender a manutenção do acórdão recorrido/refutar os argumentos do recorrente/acrescentar outros argumentos seus.

Daí, os autos retornam ao órgão responsável no tribunal de origem que encaminhará a arguição ao Tribunal Superior, com proposta de encaminhamento para dirimir eventual controvérsia porventura suscitada a respeito da situação fática do caso, também eletronicamente, por intermédio do sistema desenvolvido pelo STJ.

7.2.1.1 “Fatiamento” e “pinçamento” das questões federais infraconstitucionais²⁰²

²⁰² O julgamento apenas da questão relevante também se verifica no *writ of certiorary*. Explica Dantas: “Cabe o registro de que a ‘discricionariedade’ da Suprema Corte não se manifesta apenas na seleção dos casos que examinará, mas também pela possibilidade de escolha, dentro de um caso, de quais questões deseja examinar (*limited grant of certiorary*). Como já registramos, esse poder foi defendido pelo Presidente William Taft no célebre caso *Olmstead v. United States*, julgado em 1928.” (**Repercussão geral** [...]. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 108).

É possível que, num mesmo processo, o recurso especial verse acerca de mais de uma questão federal infraconstitucional, cabendo ao recorrente, como afirmado, preencher um formulário eletrônico de arguição de relevância para cada uma das questões que apresentar.

Esse expediente se mostra necessário exatamente porque, diante da tecnologia da informação empregada na linguagem de programação, é possível que o sistema promova a decomposição da proposta de recurso (conjunto de questões) em tantas questões quantos forem os formulários de relevância preenchidos para esse mesmo caso, bem como o seu reagrupamento com as questões federais semelhantes deduzidas em outros recursos especiais, para apreciação e deliberação conjunta dos ministros, com a votação da relevância dessas questões em feixes de arguições semelhantes.

Na tela de votação apresentada aos ministros, mediante o uso de IA, esse sistema/aplicativo também será capaz de informar o grau de semelhança entre as hipóteses aglutinadas, se há precedente do STJ sobre a questão, bem como detalhar a quantidade de argumentos suscitados pelas partes e, eventualmente, entendimentos divergentes entre os tribunais de segunda instância do país. Nessa última hipótese, um alerta poderia ser disparado para chamar a atenção dos ministros de que há indicativo de divergência entre os tribunais de apelação, a apontar uma presunção de relevância.

Mesmo procedimento pode ser utilizado, também com o uso da IA, para calibrar a análise de eventual divergência com precedente firmado pela Corte Superior já sob a sistemática da relevância, ou porventura definido sem relevância (fase da corte de cassação e da “jurisprudência dominante”).

É claro que esses aportes informados pelo sistema seriam meramente sugestivos e a decisão final tocaria a cada ministro²⁰³ (e ao colegiado, ao final) no momento de concluir a sua votação, a qual, além do voto “sim” e do “não” para a relevância, poderia também contar com uma opção de “destaque”, a sinalizar que a questão deveria ser mais bem avaliada numa sessão colegiada agendada e predefinida para esse mister.

A esse fenômeno de decomposição do recurso, chamaremos “fatiamento” das questões que se pretendem ver resolvidas no recurso especial, o que nos parece plenamente viável diante da tecnologia empregada e da possibilidade de que, reconhecida a relevância apenas de parte

²⁰³ Acreditamos que a IA poderá colaborar na identificação da coerência dos julgados até o momento do exame do recurso (respeito e vinculação ao que já se decidiu no passado). Porém, nem mesmo a IA poderá substituir o juiz no exame da integridade da decisão com o direito, isto é, a sua atualidade com o momento histórico vivido e os valores sociais no momento da decisão.

das questões suscitadas na fase preliminar, ocorra o trânsito em julgado progressivo, ou por capítulos, ou por questões, relativamente aos demais pontos não reconhecidos como relevantes.

Imbricado nesse fenômeno, sob a perspectiva de sua relação com outros recursos semelhantes, propõe-se outra categoria de procedimentos referente ao agrupamento de questões federais de recursos diversos já mencionada, que denominamos “pinçamento”, as quais são alinhadas em blocos temáticos caracterizados por situação fática muito similar, mesmos dispositivos alegados como violados, listagem dos argumentos/fundamentos no recurso e no acórdão recorrido, com destaque para correntes interpretativas distintas e inconciliáveis sobre o tema.

Quanto a esse aspecto, é possível também ativar uma espécie de controle pelo critério quantitativo individualizado das questões apresentadas na arguição de relevância, podendo inclusive operar-se nova classificação para informar se esse bloco aglutinador de questões recursais muito semelhantes seria de natureza principal (mérito propriamente dito), preliminar, prejudicial (objeções) ou acessória em relação à demanda principal. Essa nova classificação pode se constituir em mais um critério para se aferir a relevância da questão federal.

Sob a sistemática dos recursos repetitivos hoje desenvolvida, não é possível esse tipo de classificação e controle, na medida em que cada recurso comporta a inclusão de várias questões e, qualquer uma dessas questões, seja de que natureza for (principal, prejudicial ou acessória), pode conduzir ao sobrestamento de todo o recurso, impedindo-se, eventualmente, o trânsito em julgado dos outros capítulos da decisão recorrida não impugnados ou que não tiveram o requisito da relevância reconhecido.

À medida em que vai desenvolvendo o repertório de precedentes legítimos, o escopo da relevância vai se circunscrevendo, a par dos novos casos, a avaliar se os tribunais de justiça continuam a bem desenvolver o direito na linha do que decidiu a corte superior, mediante a extensão ou a restrição de precedente para outras situações análogas.

7.2.2 Fase preliminar de processamento da arguição de relevância perante o tribunal superior

Constituída das seguintes etapas:

- (1) Aferição da relevância da questão federal: encaminhado o formulário eletrônico para o STJ, o pedido nele contido é autuado e distribuído eletronicamente para todos os membros do colegiado competente (os mesmos que serão eventualmente competentes para o julgamento do recurso especial principal, sem

a individualização por relator), que vão se pronunciar, preliminarmente, também pela via eletrônica ou mesmo por aplicativo, respondendo “sim” ou “não” para pergunta relativa à existência (ou não) da relevância da questão federal infraconstitucional no caso. Os ministros podem fixar prazo para a avaliação desse quesito, que, por se tratar de procedimento bem simples, não deveria ser muito longo;

- (2) Caso não alcançado o quórum para reconhecimento da relevância²⁰⁴, a questão transita em julgado tal qual a conformação jurídica estabelecida pelo acórdão recorrido, sem exame de mérito pelo tribunal superior. Em observância ao disposto nos arts. 93, IX, da CF e 489 do CPC/2015, será necessária a apresentação de decisão fundamentada para se negar a relevância, sobretudo na hipótese em que se alega violação de precedente do STJ²⁰⁵;
- (3) Caso aprovada a relevância da questão federal, o STJ também poderá contar com o auxílio do sistema informatizado para indicar quais propostas de arguição de relevância contariam com mais argumentos, propondo uma amostragem de 5 a 10 recursos que pudessem mais bem representar as correntes divergentes e, também, que essa amostra pudesse contemplar tribunais de justiça ou federais de diferentes regiões do país, tudo com vistas a assegurar a mais ampla legitimidade na formação do precedente, elevando o nível do debate tanto na sua profundidade quanto na sua extensão;
- (4) Selecionadas as arguições de relevância com maior densidade argumentativa e escolhidas a partir de um critério representativo que contemple todas as regiões do país, se houver, o STJ, após deliberação colegiada, homologando essa escolha, deve oficiar aos tribunais de segundo grau, autorizando a apresentação de razões recursais sobre a questão federal nos casos selecionados;
- (5) Selecionados os casos, define-se, com o segundo filtro, o nível de intensidade da jurisdição para ajustar a escolha de qual será o modelo de julgamento empregado (virtual ou presencial/telepresencial);

²⁰⁴ EC n. 125/2022: necessidade de manifestação de 2/3 dos ministros para se negar a relevância.

²⁰⁵ Interessante observar que, na sistemática de afetação eletrônica atual, o RISTJ exige apenas a publicação do acórdão que admite a afetação do recurso repetitivo (cf. art. 257. Será publicada, no Diário da Justiça eletrônico, a decisão colegiada pela afetação do recurso ou pela admissão do incidente, acompanhada das manifestações porventura apresentadas pelos demais Ministros). No caso de rejeição da proposta de afetação, o RISTJ determina apenas o retorno dos autos ao relator para decisão (cf. art. 257-A, § 2º: Caso a maioria dos Ministros integrantes do respectivo órgão julgador decidam, na sessão eletrônica, pelo não preenchimento dos requisitos previstos no § 1º, a questão não será afetada ou admitida para julgamento repetitivo ou como assunção de competência, retornando os autos ao relator para decisão).

(6) Os demais casos não selecionados transitam em julgado, sem a figura do sobrestamento. Os casos em trâmite sobre o mesmo tema nas instâncias ordinárias não têm por que ficar parados e não devem ser/ficar sobrestados. Continua-se julgando normalmente e da forma como melhor convier aos entendimentos adotados nas instâncias precedentes até que haja pronunciamento da Corte Superior a respeito do mérito da questão federal, momento a partir do qual esse entendimento passa a ser vinculante e obrigatório²⁰⁶, aplicando-se a sistemática da relevância, para os casos futuros, assim como é feito hoje com a repercussão geral.

Intimados nas instâncias de origem, os recorrentes têm o prazo de 15 (quinze) dias para apresentar suas razões recursais apenas quanto ao(s) ponto(s) em que a relevância da questão federal infraconstitucional foi reconhecida.

Apresentadas as razões, a parte contrária tem igual prazo para apresentar as suas contrarrazões, após o que os autos devem ser encaminhados ao tribunal superior, dispensando-se exame, naquela instância, acerca dos pressupostos de admissibilidade recursal.

7.3 FASE DE PROCESSAMENTO DO RECURSO ESPECIAL PERANTE O STJ

7.3.1 Fase preliminar

²⁰⁶ Mitidiero sugere alternativa interessante para o registro do inconformismo de juízes e tribunais de apelação com o precedente da corte superior; para viabilizar a manifestação da discordância deles em relação aos precedentes das Cortes Superiores: “Uma alternativa interessante para viabilizar a manifestação da discordância dos juízes e das Cortes de Justiça em relação aos precedentes das Cortes Supremas sem prejudicar as partes e a racionalidade do sistema de distribuição de justiça está na adoção da prática de uma espécie de *dissenting opinion* – ou simplesmente *dissent* – na redação das decisões judiciais. Embora seja uma prática oriunda da antiga *House of Lords* inglesa e da *Supreme Court* estadunidense utilizada para reportar por escrito determinada divergência manifestada pelos *Lords* e pelos *Justices* no debate oral de determinado caso que ao final do julgamento restou vencida, nada obsta a que semelhante prática seja adotada como forma de viabilizar a crítica judicial ao precedente. Trata-se de solução que pode inclusive servir como um bom parâmetro para aferição do grau de aprovação do precedente e eventualmente como elemento capaz de indicar o desgaste e necessidade de sua superação.” (*Op. cit. Cortes Superiores e Cortes Supremas [...]*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 126). Dessa forma, o juiz ou desembargador pode fazer o registro de sua crítica ao precedente no seu pronunciamento, contribuindo para o seu aperfeiçoamento, porém não pode deixar de segui-lo, por força do efeito obrigatório/vinculante do precedente, pelo qual somente a corte superior tem competência para revogar o seu próprio precedente. Se esse expediente fosse adotado, poderiam ser evitadas condutas como a da Vigésima Câmara de Direito Civil do TJMG, amplamente divulgada na mídia, cuja postura de não seguir entendimento firmado pela Corte Especial do STJ em recurso especial repetitivo decidido por votação apertada (7x5), passa a impressão de insegurança jurídica e de insubordinação dos integrantes daquele colegiado estadual (**TJ/MG questiona validade de tese do STJ e não aplica CPC em honorários**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/365615/tj-mg-questiona-validade-de-tese-do-stj-e-nao-aplica-cpc-em-honorarios> . Acesso em 25 set. 2022.

Superada a fase de reconhecimento da relevância da questão federal²⁰⁷, definição do nível de intensidade da jurisdição e recebidos os autos no STJ, tem início nova fase procedimental que se destina precipuamente:

(a) ao exame preliminar dos pressupostos gerais de admissibilidade recursal, com o saneamento de eventuais vícios (como preparo e cadeia de procuração defeituosa, por exemplo) ou o reconhecimento de outros que venham a acarretar o não conhecimento do recurso (v.g. intempestividade, falta de esgotamento de instância recursal);

(b) ao exame da admissão de eventuais atores interessados no julgamento da causa (*amicis curiae*) e à solicitação de informações sobre o julgamento do tema nos demais tribunais, se for o caso;

(c) à preparação de um relatório²⁰⁸ colegiado conjunto (explicado mais adiante);

(d) à inclusão do feito em pauta, que decorrerá da deliberação dos integrantes do colegiado, dentre todos os casos cuja relevância fora reconhecida, para estabelecer proposta de calendário para o seu julgamento, que pode ser fixado com antecedência de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, reincluindo os casos que não forem selecionados para aquele período de julgamentos pautados numa outra rodada deliberativa com os novos casos de relevância que vierem a ser reconhecidos até essa nova deliberação;

(e) à designação de audiências públicas, se o caso recomendar;

(f) à oitiva das sustentações orais das partes (que também pode se dar concomitantemente às audiências públicas, se for o caso).

O relatório conjunto que imaginamos passa a limpo o rascunho desenhado na fase preliminar de arguição de relevância e o complementa com novas informações amealhadas no

²⁰⁷ Nesse aspecto defendemos que, deslocado o exame da relevância para a fase anterior e preliminar desenvolvida perante o tribunal de segundo grau, o recorrente, nas razões recursais, só deverá afirmar que a relevância já foi reconhecida com relação a questão específica tal, sem a necessidade de abrir preliminar formal para defendê-la novamente, até porque essa fase já vai estar superada pela preclusão; também não cabe ao recorrente inovar e defender outras questões para as quais a relevância não foi previamente reconhecida.

²⁰⁸ Sobre os fins do relatório, confira-se Mitidiero: “O relatório tem uma dupla finalidade. Em primeiro lugar, o relatório objetiva permitir que o juiz demonstre para as partes e para a sociedade em geral que conhece o processo que vai julgar. No relatório, o juiz faz uma caracterização do processo, delineando o caso que será julgado em todos os seus aspectos fático-jurídicos e apontando o que nele se verificou de mais importante. Com o relatório, o juiz demonstra o que aconteceu no processo, o que o obriga a estudar a totalidade daquilo que está nos autos. Isso quer dizer que o relatório permite que se verifique se o magistrado conhece o ‘processo’. Em segundo lugar, o relatório visa a permitir que seja possível comparar o caso que foi julgado com outros que ainda o serão – a fim de que casos iguais ou semelhantes recebam igualmente o mesmo tratamento (*treat like cases alike*). Como um sistema de precedentes – tal qual hoje adotado pelo sistema brasileiro – exige a comparação entre casos, em especial, sobre os fatos a partir dos quais os problemas jurídicos surgem e são resolvidos, o relatório serve para identificação do caso para aplicação de eventual precedente existente e para a elaboração de eventuais distinções que impeçam semelhante aplicação. Daí a razão pela qual o relatório deve ser o mais completo possível”. **Accountability e Transparência da Justiça Civil**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. RB-3.4.

desenvolvimento dessa fase procedimental, inclusive se há a necessidade de audiências públicas e de sustentações orais das partes ou de outros legitimados para o caso (*amicus curiae*, por exemplo).

Nesse aspecto, é importante destacar que não se trata mais daquele relatório do processo ou do processado, em que apenas se registra o tipo da peça e em quais folhas ela se encontra, sem nenhum detalhamento sobre o que nela é arguido ou suscitado.

É esse o momento processual oportuno para se promover o saneamento do processo, com o registro da suscitação de eventuais preliminares ou prejudiciais de mérito, bem como a delimitação da situação fática e da questão federal a ser definida, do registro dos artigos de lei federal apontados como violados e de todos os argumentos, contrários e a favor, das teses defendidas pelas partes.

Aqui deve-se deixar bem clara(s) qual(is) é(são) a(s) pergunta(s) que o colegiado deve responder ao examinar o recurso especial (*inputs*²⁰⁹). Mais tarde, depois da elaboração do acórdão e depois, se possível for, da *ratio decidendi*, isso facilitará o trabalho da secretaria de jurisprudência²¹⁰ na catalogação, no armazenamento e na disponibilização dessas informações no seu banco de dados (*outputs*).

Um sistema de informação bem calibrado consegue cruzar esses dados com facilidade e, assim, promover uma melhor estruturação do conhecimento jurídico construído a partir da edição dos precedentes.

Daí o controle dos processos que são classificados na distribuição, mais a etapa de elaboração do relatório conjunto, seguidos da elaboração do acórdão/*ratio decidendi* conseguirão fornecer subsídios inclusive para sistemas de informação preditivos, no sentido de se permitir a comparação de processos análogos, com mesmos *inputs*, tenderiam a receber os mesmos *outputs*; e, caso não, por que motivo, deixando isso claro no momento do registro dessa nova informação quando do registro do desfecho do recurso no banco de dados da jurisprudência.

²⁰⁹ “O sistema de dados necessita de um meio de entrada, denominado *input*, e um meio de saída, os *outputs*. A entrada corresponde aos dados dos processos já existentes, a ordem do operador sobre o que pesquisa e os demais processos que vão sendo resolvidos e retroalimentam o sistema, e as saídas são as respostas identificadas pelo algoritmo às pesquisas realizadas.” (In NUNES, Dierle; MARQUES, Ana Luiza Pinto Coelho. **Inteligência artificial e direito processual: vieses algorítmicos e os riscos de atribuição de função decisória às máquinas**. Revista de Processo. V. 285/2018. p. 421-447. *Apud* Fux, Martins e Schuenquener. **O Judiciário do futuro**. 2022. p. RB-34.3).

²¹⁰ Secretaria de jurisprudência é uma denominação que não se mostra mais adequada para uma corte de precedentes. Até nesses pequenos detalhes do desenho institucional tradicional a evolução para uma corte de interpretação deve se atentar, no sentido de se despojar completamente da corte velha. Secretaria de precedentes talvez seja uma melhor opção para colaborar com essa mudança cultural.

O ministro designado relator prepara um relatório preliminar que é submetido pelo prazo de até 5 (cinco) dias úteis à apreciação dos seus pares, que poderão fazer sugestões redacionais e arguir eventuais óbices ao julgamento de mérito do recurso.

Superada essa deliberação inicial, o relatório deve ser publicado para o escrutínio das partes, por intermédio dos seus representantes judiciais, e dos demais atores interessados e já admitidos no feito, que a ele poderão tecer considerações, inclusive quanto ao nível de intensidade do escrutínio²¹¹, que serão levadas em conta pelo relator e submetidas novamente ao exame do colegiado²¹².

7.3.2 Fase pré-deliberativa

Aprovado o relatório, devem ser designadas datas para a realização de audiências públicas e/ou a oitiva de sustentações orais e solicitadas, se for o caso, informações junto aos tribunais de segunda instância acerca de como a questão federal tem sido apreciada no âmbito de cada um deles, que deverão ser prestadas por meio de relatório circunstanciado do magistrado responsável pelo processamento das arguições de relevância na corte de origem.

Nesse momento, devem ser apreciadas eventuais preliminares ou prejudiciais que possam impedir o exame do mérito da questão pelo colegiado. Superada essa fase sem arguição ou deliberação a respeito da questão preliminar, ela deve ser tida como refutada e, por esse motivo, preclusa, não sendo possível a sua redarguição na fase deliberativa seguinte.

7.3.3 Fase deliberativa

Superadas as fases de preparação preliminar colegiada do recurso e pré-deliberativa de oitiva das partes²¹³, tem início a fase de deliberação, a qual, segundo compreendemos, deve ser

²¹¹ Ver capítulo 6 *supra*.

²¹² Na dinâmica desenvolvida nos julgamentos colegiados presenciais (ou telepresenciais) nos órgãos fracionários atualmente, é comum o presidente da sessão indagar ao advogado que pretende fazer sustentação oral se ele dispensa o relatório porque os outros ministros já o receberam do relator. Ora, se o relatório pode ser disponibilizado antes aos outros ministros, por que o advogado interessado também dele não pode ter conhecimento prévio? É nesse sentido que nos parece que a publicação do relatório conjunto com certa antecedência da sessão marcada para a realização de sustentações orais é mais consentânea com os princípios do contraditório e da não surpresa, possibilitando-se, assim, que os debates orais fiquem mais concentrados naqueles pontos mais importantes destacados antecipadamente no relatório, bem como permitindo, se for o caso, que os advogados possam suscitar alguma incoerência ou incorreção porventura indevidamente registrada no relatório.

²¹³ Entendemos que a fase das oitivas deve preceder a fase deliberativa para se evitar que as sustentações orais sejam apenas protocolares. Em muitos casos, nos quais o voto do relator é disponibilizado com antecedência aos seus pares julgadores e do qual não são feitos destaques, a Corte da Cidadania tem aplicado o que eles denominam “metodologia”, que, *grosso modo*, significa dispensar a sustentação daquele interessado que vai receber o resultado esperado (seja o provimento do seu recurso ou o desprovimento do recurso da parte contrária) e, ainda, a inversão

realizada preliminarmente em ambiente virtual e assíncrono para manifestações de todos os integrantes do colegiado, que devem apreciar especificamente cada questão federal tal qual colocada no relatório conjunto anteriormente aprovado, correlacionando a intervenção realizada nas sustentações orais com a defesa dos respectivos argumentos.

Nesse momento, segundo pensamos, não deve haver mais questão processual ou prejudicial de mérito a ser dirimida (essas, se fosse o caso, já deveriam ter sido apreciadas logo após o término das oitivas das partes, conforme já mencionado), visto que já preclusas.

Depois dessa primeira etapa de apresentação e de conhecimento dos votos de todos os julgadores, será necessária nova rodada deliberativa²¹⁴ para se promover a intersecção dos entendimentos, propiciando-se o ambiente para o debate oral que possa porventura vir a aparar eventual manifestação divergente, de modo a se viabilizar, sempre que possível, a *ratio decidendi* do julgado como única voz da corte, desprezando-se, assim eventuais votos dissidentes, a fim de que o acórdão seja lavrado e assinado por todos os integrantes do colegiado ou, simbolicamente, apenas pelo presidente do órgão colegiado.

É claro que, se não alcançado o quórum de votação majoritário para formação da razão determinante, deve-se promover a redação de voto dissidente/minoritário, ficando a questão em aberto para o desenvolvimento do debate no âmbito da sociedade, em especial no parlamento e na academia, não havendo nenhum problema nisso; ao contrário, apesar de não ser o objetivo, é até natural que a deliberação colegiada se encaminhe para esse desfecho quando em julgamento questões sociais mais sensíveis.

Designa-se, então, redator para o acórdão, que vai procurar sintetizar as razões justificadoras do entendimento firmado, a partir do registro do discurso jurídico voltado à fundamentação racional do acolhimento de determinados argumentos em detrimento de outros, com vistas à demonstração do caminho pelo qual esse raciocínio foi desenvolvido para responder as questões definidas anteriormente no relatório conjunto, proporcionando a orientação da sociedade mediante a adoção de razões universalizáveis.

da ordem das sustentações orais, nos casos de pedido de ambas as partes e o recurso está encaminhado para ser provido.

²¹⁴ A sugestão é de Paula Pessoa Pereira, para quem, após a inclusão dos votos no sistema do plenário virtual, é necessário que os ministros voltem a se encontrar para sobre eles deliberar (*op. cit.* **Engrenagens do desempenho deliberativo do STF nos julgamentos virtuais** [...]. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/elas-no-jota/engrenagens-do-desempenho-deliberativo-do-stf-nos-julgamentos-virtuais-19112020>. Acesso em 25 set. 2022). Com toda razão, porque o efetivo julgamento e deliberação colegiada não estão no “depósito” dos votos no sistema e pronto (tal qual a jurisdição bancária que fizemos referência no item 3.5 *supra*) nem pela leitura enfadonha de suas razões no julgamento em plenário transmitido pela TV e pela internet. Ao contrário, o verdadeiro e esperado debate tem lugar quando se buscam os pontos de aproximação ou de afastamento dos votos proferidos e passa-se a sobre eles dialogar, buscando-se o entendimento.

Nesse aspecto, entendemos que a votação individualizada deve ser seguida de momento deliberativo reservado, que objetiva a redação de voto em texto único (*per curiam*), porquanto essa dinâmica proporciona esforço maior na deliberação em busca da racionalidade universalizável para formação da *ratio decidendi*.

Aqui, pensamos, a publicação do acórdão já seria suficiente para encerrar a fase deliberativa. Porém, diante dos avanços tecnológicos, é possível a apresentação da leitura do acórdão colegiado previamente gravado em mídia disponibilizada no sítio eletrônico do tribunal ou por intermédio das redes sociais, como o *WhatsApp*, *Youtube*, *Instagram*, *Facebook*, *TikTok*, *Twitter* entre outras.

Não há dúvidas de que o efeito do julgamento realizado pelo STJ nesse procedimento especial para a edição de precedente deve alcançar os processos pendentes e, por óbvio, os ajuizados posteriormente ao entendimento firmado pelo STJ.

CONCLUSÃO

Ao final desta pesquisa, é possível concluir que, passados mais de 6 (seis) anos de vigência do CPC/2015, não foi possível ao STJ, ainda, promover a sua transformação de corte de revisão para corte de precedentes. A trilogia STJ/CPC-2015/Precedente não vingou.

Para fazer essa afirmação, procuramos demonstrar, por meio de dados estatísticos, que o aumento quantitativo de recursos julgados não significou que a Corte passou a produzir julgados com força de precedente.

Ao contrário, os números estão a indicar que os fenômenos da “monocratização” e da “ementização”/julgamentos virtuais estão fazendo as vezes de filtros recursais (negativos), permanecendo o raciocínio anterior do CPC revogado no sentido de produzir jurisprudência dominante, desvirtuando-se, assim, o ideário do CPC/2015 no que toca à edição de precedentes.

Nessa perspectiva, aprofundou-se um pouco mais no exame do raciocínio do STJ como Corte Superior de revisão, o qual se desenvolve a partir da jurisprudência dominante. Baseado no tripé filtros negativos de admissibilidade, plenário virtual e nova ordem de normatização de procedimentos, buscou-se compreender o fenômeno pelo qual o debate colegiado, essencial para a produção do precedente, não se desenvolveu.

A par da dificuldade de se estabelecer *rationes decidendi*, procuramos demonstrar que o raciocínio com precedentes deve prestigiar a definição da questão jurídica expressa no caso concreto em julgamento e, a partir daí, juízos de identidade e de semelhança é que vão proporcionar a extensão, restrição ou diferenciação do paradigma.

Aspectos relativos à postura institucional, ao raciocínio judicial e à colegialidade foram trabalhados para fortalecer o argumento de que não se alcançará a formação de precedentes julgando os recursos da mesma forma como se fazia jurisprudência dominante. Aliás, jurisprudência dominante, por mais atrapalhar do que outra coisa, deveria ser termo abolido no vocabulário das cortes superiores. Julgar recursos no atacado não significa, em absoluto, instituir precedentes.

Na realidade, são os subsequentes das cortes ordinárias que fazem o precedente da corte superior vingar, dando-lhe força, em verdadeiro efeito de autocontenção, de modo que o magistrado do caso posterior sinta-se de tal modo por ele constrangido a ponto de passar a concluir conforme o precedente, ainda que, subjetivamente, mantenha posicionamento contrário a ele.

Neste estudo, não se confirmou a hipótese segundo a qual o julgamento de IRDRs pelos tribunais de segundo grau teria impactado o julgamento de recursos especiais repetitivos. Ao

contrário, foi possível perceber que, apesar de significativo o número de processos sobrestados em função do julgamento de IRDRs, não se mostrou tão acachapante como a intuição inicial nos apontava (cf. Gráfico 6).

Para a Corte Superior, uma vez definida a questão, à míngua de alteração social relevante ou da edição de precedente equivocado, a postura deveria ser a de rejeição de novo pronunciamento acerca do mesmo tema (rejeitar, de plano, a arguição de relevância), mantendo-se, dessa forma, a eficácia horizontal do precedente, tão cara, também, para que o sistema possa funcionar.

Ao longo dessa pesquisa, foi promulgada a EC n. 125/2022, que instituiu o filtro da relevância da questão federal para o STJ. Ele chega como mais uma janela de oportunidade para que aquele Tribunal Superior possa operar como corte de precedentes – dessa vez, por meio de filtro recursal positivo, em que a Corte Superior definirá aquilo que é relevante para julgar e, tão importante quanto, ou talvez até mais, aquilo que não é relevante.

A importância desse filtro dependerá muito da forma como ele vai ser regulamentado pela legislação ordinária e, ainda, pelas disposições regimentais relativas ao seu procedimento específico.

Nesse norte, além da importância do silêncio da Corte para negar relevância às questões infraconstitucionais que ainda não estiverem maduras e àquelas que contam com entendimento razoável e não aberrante no âmbito da Federação, destacou-se a experiência do STF com a repercussão geral, além de outros fenômenos que impactam a atuação do STJ e que precisam ser repensados para que essa virada funcional possa acontecer pelas vias legal e infralegal (controle de revisão pelo prequestionamento; sobrestamento como efeito paralisante do desenvolvimento do direito nas instâncias ordinárias; desenho institucional com repercussões na divisão interna da competência, na movimentação dos ministros nos órgãos colegiados e no julgamento de recursos que poderiam ser evitados, como os embargos de divergência).

A partir desse diagnóstico, propusemos nova modelagem de julgamento colegiado, com ênfase em mais uma fase preparatória que sugere o exame destacado da preliminar de relevância realizado com o apoio de sistema informatizado e na melhor preparação do julgamento de mérito, com vistas à obtenção de maior participação colegiada (*performance*) na busca de melhores resultados deliberativos na formação do precedente.

A análise destacada da preliminar de relevância seria realizada com o auxílio de sistema informatizado atrelado ao conceito de “Justiça 4.0”, como espécie de uma autorização ou permissão para recorrer, isto é, para apresentar as razões recursais relativas apenas à(s)

questão(ões) admitida(s) como relevante(s), condição que estabelecemos para que o STJ possa desenvolver a função de corte de precedentes.

Por meio de novas técnicas de admissibilidade recursal, que chamamos “fatiamento” e “pinçamento”, os recursos, na qualidade de veículos das questões federais infraconstitucionais, conduzirão essas respectivas questões ao exame da relevância, não mais sob o panorama hermético e estático da recorribilidade de hoje em dia, mas com a possibilidade de serem destacadas exatamente as questões principais que reclamam pronunciamento da Corte Superior (à moda do *limited grant of certiorary*²¹⁵) e, ainda, o seu agrupamento para preparação do julgamento colegiado que lhe sucederá, no caso de alcançada a manifestação pela sua relevância.

Passo seguinte, sugerimos a adoção de novo filtro que passaria a regular o nível de intensidade ou de densidade da jurisdição no âmbito do recurso especial, dosando-lhe em mínimo, intermediário ou intenso, a depender da envergadura do direito subjetivo colocado em jogo e da amplitude normativa das regras que lhe dão suporte.

Direitos subjetivos com previsão legal em texto mais preciso tenderiam a receber controle mínimo; textos mais abertos, controle intermediário. Quando em disputa direitos fundamentais, o controle tenderia a ser intenso. Em todos os casos, entretanto, devem ser ponderados os critérios de sub e superinclusão, proibição de excesso de arbítrio judicial e de proteção deficiente, bem como a conveniência e relevância do pronunciamento da Corte Superior sob o aspecto da unidade federativa.

Superada a análise da relevância, mas ainda sob o ângulo preparatório, agora no âmbito do próprio STJ, sugerimos maior engajamento de todos os membros do colegiado competente, em primeiro lugar, mediante a definição de agenda de julgamentos para o semestre ou o exercício seguinte daqueles temas mais relevantes que foram aprovados no exame preliminar.

Marcadas as pautas, é chegada a hora de confecção de relatório conjunto, saneamento de vícios e análise de preliminares e prejudiciais em decisão colegiada de saneamento e de organização do julgamento, admissão de eventuais atores qualificados para a representação adequada dos interessados, designação de audiências públicas e oitivas das sustentações orais.

Após essa fase pré-deliberativa, é o momento de colheita de deliberação dos integrantes do colegiado, numa primeira rodada em ambiente virtual assíncrono, com manifestação acerca de todos os pontos listados no relatório conjunto (*seriatim*).

²¹⁵ Cf. nota de rodapé n. 202.

Nova rodada deliberativa é posteriormente agendada para se promover a intersecção dos entendimentos, mediante debate oral, preferivelmente de modo síncrono e presencial, com vistas a apurar eventual entendimento divergente e construção, se possível, de *ratio decidendi* a ser anunciada em acórdão lavrado por todos os membros do colegiado ou, de forma simbólica, apenas pelo presidente do colegiado (*per curiam*).

Há um ditado popular que diz que o melhor da festa é esperar por ela, isto é, prepará-la. Um julgamento colegiado de tribunal superior não deixa de ser uma festa da cidadania, na qual juízes experimentados digladiam, em substituição às partes, pelos melhores argumentos racionais e consentâneos com o Direito da sociedade, para definir os rumos pelos quais essa mesma sociedade deve se orientar e pautar as suas condutas.

Nesse entendimento, para que o Direito frutifique, é necessário que ele primeiramente floresça. A preparação dos julgamentos de maneira mais elaborada e colegiada pode colaborar com a chegada de uma nova primavera que, enfim, anunciará a colheita de bons frutos na forma de precedentes.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Priscila Carvalho de. **O argumento baseado em precedente**. Dissertação (mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito. Rio de Janeiro, 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz. PEREIRA, Paula Pessoa. **Precedentes e casos repetitivos: por que não se pode confundir precedentes com as técnicas do CPC para solução da litigância de massa?** Revista de Processo Comparado. ano 5. v. 10, p. 17-54, jul-dez/2019.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Voltando ao básico. Precedentes, uniformidade, coerência e isonomia. Algumas reflexões sobre o dever de motivação**. In MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial. V. II**. São Paulo: RT, 2014. p. 143-165.

BARROSO, Luís Roberto; REGO, Frederico Montedonio. **Como salvar a repercussão geral: ideias simples para reverter um fracasso**. Migalhas, fev. 2018. Disponível em: <https://m.migalhas.com.br/depeso/274826/como-salvar-a-repercussao-geralideias-simp>. Acesso em 10 nov. 2021.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Doutrina de precedentes e organização judiciária**. In Revista de Direito Administrativo, RDA n. 246, set/dez, 2014, p. 318-340.

_____. **Formação de jurisprudência nacional no Superior Tribunal de Justiça**. In Doutrina do Superior Tribunal de Justiça: edição comemorativa – 25 anos. Brasília: STJ, 2014, p. 217-245.

_____. **Monocratismo, monologismo e colegialidade nos tribunais**. In: MUSSI, Jorge; SALOMÃO, Luiz Felipe; MAIA FILHO, Napoleão Nunes (Org.). **Estudos jurídicos em homenagem ao Ministro Cesar Asfor Rocha**. V. III. Ribeirão Preto: Migalhas, 2012. v. 3. p. 303-330. (Cesar Asfor Rocha 20 anos de STJ).

BONAT, Debora; PEIXOTO, Fabiano Hartmann. **Racionalidade no direito: inteligência artificial e precedentes**. Curitiba: Alteridade, 2020.

BONAVIDES, Paulo; SARAIVA, Paulo Lopo. Proposta: Código de Processo Constitucional. **Folha de São Paulo**, São Paulo, ano 89, n. 59.502, 10 jan. 2010. Opinião, p. A-3.

BORDALO, Rodrigo. **Os órgãos colegiados no direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial e o desafio do Novo CPC**. In DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de. (coord.). **Precedentes Judiciais**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 275-297.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmula**. São Paulo: Atlas, 2018.

CARNEIRO, Igor de Lazari Barbosa. **Decisões colegiadas e desenho institucional**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

CHIASSONI, Pierluigi. **A Filosofia do Precedente: reconstrução racional e análise conceitual**. Universitas JUS, v. 27, n. 1, 2016, p. 63-79.

CLÈVE, Clémerson Merlin. LORENZETTO, Bruno Meneses. **Constituição, governo democrático e níveis de intensidade do controle jurisdicional**. Revista Jurídica Luso Brasileira - RJLB, Ano 1 (2015), n. 2, p. 409-470.

_____. **Constituição Federal, controle jurisdicional e níveis de escrutínio federal - *constitution, judicial review and levels of scrutiny***. Direitos Fundamentais & Justiça, Ano 9, n. 32, p. 97-123, JUL./SET. 2015.

CORDEIRO, Luís Phillipe de Campos. **Cortes Supremas como instituições deliberativas: da prática decisória ao precedente obrigatório**. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Universidade de São Paulo. Ribeirão Preto, 2018.

COSTA NETO, João. **Liberdade de expressão: o conflito entre o legislador e o juiz constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

DANTAS, Bruno. **Repercussão Geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado – questões processuais**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. V. 2. 10. Ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buriel de. (coordenadores). **Precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2015.

DUXBURY, Neil. ***The Nature and Authority of Precedent***. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew. **An Introduction to Empirical Legal Research**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

FAGUNDES CUNHA, J. S. **O Direito nos Tribunais Superiores com Ênfase no Novo Direito Processual Civil**. Curitiba: Bonijuris, 2015.

FALCÃO, Joaquim. CERDEIRA, Pablo de Camargo. ARGUELHES, Diego Werneck. **Relatório Supremo em números: O múltiplo Supremo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 262, p. 399-452, jan./abr. 2013.

FERREIRA, Eduardo Aranha Alves. **Recurso especial: limites cognitivos do julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo: 2019.

FISCHER, Howard D. **O sistema jurídico alemão e sua terminologia**. Trad. Regina Lyra; rev. téc. Francisco Bilac M. Pinto Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido** [recurso eletrônico]. 1. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013.

FREIRE, Alexandre; FREIRE, Alonso. **Elementos normativos para a compreensão do sistema de precedentes judiciais no processo civil brasileiro**. Revista dos Tribunais *On Line*, v. 950/2014, p. 199, dezembro de 2014.

FUX, Luiz; MARTINS, Humberto; SHUENQUENER, Valter (coord.); CHINI, Alexandre; GABRIEL, Anderson de Paiva; PORTO, Fábio Ribeiro (org.). **O Judiciário do futuro: justiça 4.0 e o processo contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. *E-book* (560 p.).

GARAPON, Antoine. PAPAPOULOS, Ioannis. **Julgar nos Estados Unidos e na França: Cultura jurídica francesa e *common law* em uma perspectiva comparada**. Trad. Regina Vasconcelos. Rio de Janeiro: Editora *Lumen Juris*, 2008.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.

GRECO, Luís. **Poder de julgar sem responsabilidade de julgador: a impossibilidade jurídica do juiz-robô**. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

GUIMARÃES, José Augusto Chaves. **Elaboração de ementas jurisprudenciais: elementos teórico-metodológicos**. Série Monografias do CEJ. n. 9. Brasília: 2004. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/monografias-do-cej2/volume-9-2013-2004/view/++widget++form.widgets.arquivo/@@download/Vol.+9+%282004%29+Elabora%C3%A7%C3%A3o+de+ementas+jurisprudenciais+elementos+te%C3%B3rico-metodol%C3%B3gicos.pdf>. Acesso em 30 set. 2022.

KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. **A máxima da proporcionalidade: um elemento estrutural do Constitucionalismo global**. Trad. João Costa Neto. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014, p. 23–41.

KNAFLIC, Cole Nussbaumer. **Storytelling with Data: A Data Visualization Guide for Business Professionals**. Hoboken: John Wiley & Sons, 2015.

LAMOND, Grant. **Precedent and Analogy in Legal Reasoning**. In *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Spring 2016 Edition. Edward N. Zalta (ed.).

LAMPEDUSA, Giuseppe Tomasi di. **O Leopardo**. Trad. e posfácio Maurício Santana Dias. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes Judiciais no Constitucionalismo Brasileiro Contemporâneo**. Salvador: JusPodivm, 2014.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Motivação das decisões jurídicas e o contraditório: identificação das decisões imotivadas de acordo com o NCPC**. Revista do Advogado, São Paulo, Ano XXXV, n. 126, maio de 2015, p. 169-174.

MARCONDES, Danilo. STRUCHINER, Noel. **Textos básicos de filosofia do direito: de Platão a Frederick Schauer**. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. Revista de Processo - RePro, v. 34, n. 172, jun/2009, p. 175-232.

_____. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **O STJ no Estado Constitucional (Fundamentos dos Precedentes Obrigatórios no Projeto de CPC)**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, v. 1, 2013, p. 5-33.

_____. **O STJ enquanto corte de precedentes**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Da Corte que declara o “sentido exato da lei” para a Corte que institui precedentes**. In Revista dos Tribunais: RT, v. 103, n. 950, dez/2014, p. 165-198

_____. **Da Corte que declara o “sentido exato da lei” para a Corte que institui precedentes**. In MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Direito Jurisprudencial. V. II. São Paulo: RT, 2014, p. 731-765.

_____. **A Ética dos Precedentes: justificativa do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Cultura e previsibilidade do direito**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 80, n. 4, out/dez, 2014, p. 291-310.

_____. **O julgamento nas Cortes Supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Julgamento colegiado e precedente**. Revista de Processo. v. 264. ano 42. p. 357-394. São Paulo: Ed. RT, fev. 2017.

_____. **Zona de penumbra entre o STJ e o STF: A função das Cortes Supremas e a delimitação do objeto dos recursos especial e extraordinário**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____. **Processo Constitucional e Democracia** [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

_____. **Coisa julgada sobre questão** [livro eletrônico]. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Recurso extraordinário e recurso especial: do *jus litigatoris* ao *jus constitutionis***. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

MARTINS, Leonardo. **Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. V. 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade**. São Paulo: Konrad-Adenauer Stiftung – KAS, 2016.

_____. **Direito Processual Constitucional Alemão**. 2ª ed. revista, atual. e ampliada. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2018.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedentes - O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. **O projeto de uma corte deliberativa**. In: VONODIC, Adriana; PINTO, Henrique Motta; GORZONI, Paula; e SOUZA, Rodrigo Pagani (Organizadores). *Jurisdição Constitucional no Brasil*. Sbdp/Malheiros Editores, São Paulo, 2012.

_____. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy (2013)*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *Accountability e Transparência da Justiça Civil* [livro eletrônico]: **uma perspectiva comparada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

_____. **Processo constitucional** [livro eletrônico]: **do controle ao processo, dos modelos ao sistema**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

_____. **Como escrevo** [livro eletrônico]: **confissões de um jovem processualista**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. Apresentação Renato Janine Ribeiro. Tradução Cristina Murachco. **O espírito das leis**. 2. ed. 2. tiragem. São Paulo: Martins Fontes. 2000.

MORAES, Daniela Marques de. **A importância do olhar do outro para a democratização do acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2015.

MORAES, Daniela Marques de PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. **O tempo da justiça no código de processo civil**. Revista da Faculdade de Direito - Universidade Federal de Minas Gerais, v. 76, 2020, p. 135-154.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado**. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 327, jul/set, 1994, p. 61-73.

NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco. **Precedentes no CPC-2015: por uma compreensão constitucionalmente adequada do seu uso no Brasil**. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, n. 57, jul/set, 2015.

NUNES, Dierle. BASTIANETTO, Lorena Machado Rogedo. **A regulação jurisdicional anômala do processo: função administrativa atípica e processo constitucional**. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPRO. Belo Horizonte, ano 25, n. 100, p.113-128, out./dez. 2017.

PEREIRA, André Luiz Salge. **O prequestionamento no Superior Tribunal de Justiça: proposta de critérios objetivos para a sua configuração**. Brasília, DF, 2008. 70 f. Monografia. (Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão do curso de pós-graduação lato sensu em Direito) Cursos Sui Juris – Uniplac.

PEREIRA, Paula Pessoa. **Precedentes judiciais: uma justificação a partir da razão universalizável**. In MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial. V. II**. São Paulo: RT, 2014. p. 1.009-1.072.

_____. **Função das cortes supremas e o papel do precedente: um paralelo entre as funções pública e privada**. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região – Edição Especial, Curitiba, v. 4, n. 39, p. 221-239, abr. 2015. Edição especial.

_____. **Engrenagens do desempenho deliberativo do STF nos julgamentos virtuais: Uma proposta de ajustes de peças**. 19/11/2020. JOTA INFO 2000. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/elas-no-jota/engrenagens-do-desempenho-deliberativo-do-stf-nos-julgamentos-virtuais-19112020>. Acesso em 25 set. 2022.

PEREIRA, Thomaz. ARGUELHES, Diego Werneck. ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto. **VIII Relatório Supremo em Números: Quem decide no Supremo?: tipos de decisão colegiada no tribunal**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2020.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? : para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

ROESLER, Claudia. **A análise da argumentação judicial em perspectiva crítica: o que fazemos quando analisamos decisões judiciais?** In: ROESLER, Claudia; HARTMANN, Fabiano; REIS, Isaac (org.) **Retórica e argumentação jurídica: modelos em análise**. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 21-44.

_____. **Entre o paroxismo de razões e a razão nenhuma: paradoxos de uma prática jurídica**. *Quaestio Iuris*, v. 8, n. 4, 2015, p. 2.517-2.531.

SALOMÃO, Rodrigo Cunha Mello. **A relevância da questão de direito no recurso especial**. Curitiba: Juruá, 2021.

SANTOS, Evaristo Aragão. **Por que os juízes (no Common Law!) se sentem obrigados a seguir precedentes?** In MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial. V. II**. São Paulo: RT, 2014. p. 497-508.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a Lawyer**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2012.

SÉROUSSI, Roland. **Introdução ao direito inglês e norte-americano**. Trad. Renata Maria Parreira Cordeiro. São Paulo: Landy Editora, 2006.

SHECAIRA, Fabio; STRUCHINER, Noel. **Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: PUC Editora/Contraponto, 2016.

SILVA, Eraldo Melo da. **Da inconstitucionalidade do prequestionamento ficto previsto no novo Código de Processo Civil**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. v. 130. ano 30. p. 13-31. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2022.

SILVA, José Afonso. **Do recurso extraordinário no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

SOKAL, Guilherme Jales. **O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais no processo**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; ALVIM, Eduardo Arruda; LEITE, George Salomão. **Hermenêutica e Jurisprudência no Novo Código de Processo Civil: coerência e integridade**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SUMMERS, Robert. **The Comparative Precedent Project, 1992-97**. 24th Cornell Law Forum Faculty ed. 17, 1997-1998.

SUNSTEIN, Cass R. **One case at time: judicial minimalism on the Supreme Court**. Londres: Harvard University Press, 1999.

SUSSKIND, Richard. **Online courts and the future of justice**. Nova Iorque: Oxford. 2019.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **O regime do precedente judicial no Novo CPC**. Revista do Advogado, São Paulo, Ano XXXV, n. 126, maio de 2015.

TUROW, Scott. **O primeiro ano: como se faz um advogado**. Trad. de A. B. Pinheiro de Lemos. 7^a edição. Rio de Janeiro: Record, 2002.

VALADARES, André Garcia Leão Reis. **O julgamento nos tribunais: colegialidade e deliberação**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2018.

VALE, André Rufino do. **Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais**. São Paulo: Almedina, 2019.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza. NUNES, Dierle. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VIEHWEG, Theodor. **Topik und Jurisprudenz**. 5. ed. München: Beck, 1974. Edição Brasileira: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. de Tercio S. Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Cada caso comporta uma única solução correta**. In MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme Marinoni; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). **Direito Jurisprudencial. V. II**. São Paulo: RT, 2014, p. 1.219-1.238.

_____. **O que se espera do Novo CPC?** Revista do Advogado, São Paulo, Ano XXXV, n. 126, maio de 2015, p. 198-203.

ZALETA, Jaime Manuel Marroquín. **El debate en los tribunales colegiados de circuito (Teoría de la deliberación jurisdiccional)**. 1. reimp. – México: Poder judicial de la Federación y el Consejo de la judicatura federal, 2004.

ZARONI, Bruno Marzullo. **Deliberação e julgamento colegiado: uma análise do processo decisório do STF**. Tese (doutorado) Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2015.