

Da Corte que declara o “sentido exato da lei” para a Corte que institui Precedentes

Luiz Guilherme Marinoni

Professor Titular da Universidade Federal do Paraná, Brasil. Pós-Doutor pela Università degli Studi di Milano. Visiting Scholar na Columbia University

Resumo: As Cortes Supremas de Civil Law, não obstante a evolução da teoria da interpretação, ainda se comportam como Cortes destinadas a tutelar a lei. O presente texto evidencia que as Cortes Supremas, na atualidade, devem exercer a função de atribuição de sentido ao Direito, daí resultando, por consequência, a eficácia obrigatória dos seus precedentes, algo imprescindível para a garantia da igualdade perante o Direito.

Palavras-Chave: Cortes Supremas. Interpretação. Precedentes Obrigatórios.

Abstract: The Civil Law's Supreme Courts, despite the evolution of the theory of interpretation, still behave as if they were designed to protect the legislation. It is showed that, nowadays, the Supreme Courts should perform the function of assigning meaning to the law, resulting, therefore, in the recognition of binding effect to its precedents, something essential for ensuring equality under the law.

Keywords: Supreme Courts. Interpretation. Binding precedents.

1. A Transformação da Função das Supremas Cortes

1.1. Da tutela da lei à atribuição de sentido ao Direito

É verdade que Calamandrei, ao tratar da história da Cassação, advertiu para a necessidade da definição da interpretação que deve prevalecer, frisando que é função da Corte garantir a sua uniformidade¹. Porém, no mesmo discurso, Calamandrei repeliu com veemência a ideia de as decisões da Corte poderem obrigar os tribunais inferiores ou, mais precisamente, constituírem precedentes obrigatórios. Ao mestre florentino, diante das condições políticas e jurídicas da sua época, não foi possível outorgar autoridade às decisões da Corte. Calamandrei teve em conta o direito inglês da sua época, em que a *House of Lords* não tinha poder para revogar os seus próprios precedentes. Porém, o que mais interferiu sobre o seu raciocínio certamente foi a sua concepção dogmática de jurisdição, como função em que o juiz simplesmente individualiza a norma abstrata em face do caso concreto. Assim, embora tenha atentado para a necessidade de a Corte definir a interpretação que deve prevalecer, raciocinou como se a Corte

¹ Calamandrei, Piero. *La Cassazione Civile*. v. 1. Roma: Fratelli Bocca, 1920.

devesse fixar, a partir dos critérios interpretativos do formalismo, a interpretação que revela o sentido exato da lei. A unificação da interpretação do direito tinha o único propósito de tutelar o direito objetivo, revelando a sua devida e única identidade.²

A definição da interpretação que deve prevalecer, em tal contexto, equivale à fixação da interpretação que efetivamente corresponde ao texto da lei. A tarefa da Cassação, embora voltada à uniformização da interpretação, consiste em descobrir e declarar o sentido da lei. A uniformização, portanto, ocorre para tutelar o legislador e garantir a unidade do direito objetivo. Nessa dimensão, a pretensão de uniformização da interpretação da lei não pactua com a dissociação entre lei e norma e nem é aberta à lógica argumentativa, mas, ao revés, busca responder à concepção clássica de jurisdição – própria à Calamandrei -, em que o juiz simplesmente aplica a lei ao caso concreto, incumbindo à Cassação, por consequência, somente declarar “oficialmente a “verdadeira” interpretação da lei em nome da unidade do direito objetivo. Note-se bem: em nome do direito objetivo e não da igualdade de todos perante o direito ou diante das decisões judiciais. Se a jurisdição se limita a declarar a vontade concreta da lei não há motivo para falar em igualdade perante as decisões; basta a unificação da interpretação para garantir a unidade do direito objetivo e, por mera consequência, a igualdade de todos perante a lei. Ou melhor: não há necessidade de ter precedentes obrigatórios, mas apenas um sistema que permita a correção das decisões destoantes da lei.

Para a tutela da lei basta um sistema que viabilize a correção das decisões, voltado ao passado. A uniformidade da jurisprudência, ao revelar o “sentido exato da lei”, constitui parâmetro para a correção das decisões. O recurso, assim, é visto como um direito da parte. Está à disposição do litigante, ainda que constitua um “meio” para a Corte tutelar o direito objetivo. A decisão, por nada acrescer à ordem jurídica, diz respeito apenas aos litigantes. Nada apresenta de útil aos demais jurisdicionados; simplesmente revela ou reitera o que já está na ordem jurídica, limitando-se a resolver o caso conflitivo. Obviamente não tem porque incidir sobre os jurisdicionados ou motivo para obrigar os tribunais ordinários. Sublinhe-se: o que incide sobre os jurisdicionados e obriga os juízes é a lei.

A decisão, por simplesmente aplicar a lei ao caso concreto, é revelada em sua parte dispositiva. É essa que produz efeitos sobre as partes. Como a decisão nada acrescenta à ordem jurídica, descabe raciocinar em termos de efeitos prospectivos. Em outras palavras: i) como a decisão se limita a aplicar a lei, os seus efeitos não tem porque se projetar além das partes; ii) como a decisão nada acrescenta à ordem jurídica, não há motivo para considerar os seus fundamentos; e iii) como a decisão simplesmente reafirma a ordem jurídica, não há porque temer uma “surpresa injusta” ou efeitos retroativos.

Entretanto, quando se toma em consideração os textos de caráter aberto, a necessidade de conformação da lei às normas constitucionais e a

² Marinoni, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*, cit., p. 113 e ss.

dissociação entre texto e “norma judicial”³, percebe-se que a tarefa jurisdicional não está limitada a revelar a lei ou a simplesmente declarar algo que sempre esteve à percepção de todos. Não só se admite que o texto é potencialmente equívoco, como o juiz considera os seu elementos com base em valores e realiza opções racionalmente justificadas, daí estabelecendo a norma judicial.

Nesse contexto a Corte Suprema não se presta a estabelecer o exato sentido da lei, mas a *definir* o adequado sentido extraível do texto legal, argumentando mediante as “melhores razões” ou mediante as razões que evidenciem as opções do intérprete como racionalmente aceitáveis⁴. Nesse sentido, ainda que se possa dizer que a decisão não escapa da ordem jurídica num sentido global, ela apresenta uma solução que constitui norma que se coloca fora ou ao lado da ordem legislativa. É exatamente aí que se encontra o pressuposto teórico da Corte cuja função é extrair um sentido da ordem legislada, tornando-o parte da ordem jurídica vinculante.

A Corte fixa ou define a norma extraível da legislação, ou seja, adiciona algo à ordem jurídica. Aqui, ao contrário do que faz a Corte preocupada em tutelar a lei, *define-se* o sentido atribuível ao texto legal. Confere-se conteúdo à ordem jurídica, agregando-se substância ao texto legislativo. A Corte parte das premissas de que a lei é insuficiente para corporificar a ordem jurídica e de que a sociedade necessita de um Direito que depende da conjugação das atividades do Legislativo e do Judiciário.

O Judiciário, no contexto da dissociação entre texto e norma e de elaboração da norma a partir do caso concreto e da Constituição, tem na Corte Suprema o órgão com função de definir o sentido que deve ser extraído do texto legislativo. Definir o sentido extraível do texto está longe de significar expressar o sentido exato da lei. O Suprema Corte é o órgão que, dentro do Poder Judiciário, coloca-se ao lado do Legislativo para fazer frutificar o direito federal infraconstitucional ajustado às necessidades sociais. Vale dizer: a Suprema Corte é incumbida de outorgar sentido ao Direito, propiciando o seu desenvolvimento. É uma Corte de atribuição de sentido ou de interpretação, compreendendo-se essa função como algo que está muito longe daquela que fora concebida para a Corte de Cassação em seu modelo tradicional.

Realmente, toca-se no cerne da questão quando se percebe que a Corte Suprema não mais serve para tutelar o legislador contra a jurisdição ordinária, mas, ao contrário, para auxiliar o legislador. Hoje, a Suprema Corte e o Legislativo realizam tarefa harmônica e coordenada para que o Estado possa se desincumbir do seu dever de dar à sociedade um direito em constante evolução e adequação às necessidades sociais. Tem-se, assim, i) que a real função da Suprema Corte não é controlar a legalidade das decisões, mas definir o sentido atribuível ao texto da lei a partir de um método interpretativo aberto a valorações e decisões racionalmente

³ Guastini, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.

⁴ Wróblewski, Jerzy. Legal syllogism and rationality of judicial decision, *Rechtstheorie*, Berlin: Duncker & Humblot, 1974, v. 5, parte 1, p. 39 e ss.

justificáveis; ii) que a alteração da função da Suprema Corte preocupada com o direito federal infraconstitucional é consequência do impacto do constitucionalismo e da evolução da teoria da interpretação; iii) que essa nova função coloca a Suprema Corte ao lado do Legislativo, retirando-a do lugar de tutela ao legislador, em que foi posta pelo direito inspirado nos valores da Revolução Francesa; e iv) que a Suprema Corte, diante da sua função contemporânea, agrupa substância à ordem jurídica – que então passa também a ser composta pelos precedentes judiciais.

As decisões da Suprema Corte, por revelarem conteúdo indispensável à regulação da vida social, integram a ordem jurídica e interessam a toda a comunidade. De modo que, ao contrário das decisões que, tutelando o litigante, limitam-se a corrigir as interpretações dos tribunais ordinários, as decisões de uma Suprema Corte que exerce função de desenvolvimento do direito se projetam perante toda a sociedade, obrigando os tribunais ordinários pela simples circunstância de significarem o sentido do direito.

É claro que nessa dimensão pouco vale a parte dispositiva da decisão. Importam as razões pelas quais, diante dos fatos relevantes do caso, chegou-se na conclusão. São essas razões, chamadas de *ratio decidendi* ou de razões determinantes, que dizem respeito aos jurisdicionados, devendo por eles ser conhecidas para que possam se pautar e comportar de acordo com o Direito. Também são as razões determinantes que obrigam os tribunais ordinários, dando-lhes oportunidade de analisar se os casos sob julgamento se amoldam a elas. É a partir das razões determinantes que se pode trabalhar com a técnica do *distinguishing*, limitando-se ou estendendo-se a aplicação do precedente⁵.

A transformação da função da Corte outorga novo significado à ideia de “uniformidade”. O problema não mais está em declarar o sentido exato da lei para propiciar a “uniformidade das decisões” dos tribunais ordinários; busca-se agora, mediante a voz da Suprema Corte, o “sentido e a unidade do direito” para a orientação da sociedade e para a *promoção da igualdade*. Não mais importa controlar as decisões, porém definir o direito que deve orientá-las. A decisão da Corte, ao definir a interpretação, não elabora parâmetro para o controle da legalidade das decisões, mas erige critério decisional, verdadeiro modo de ser do direito ou o próprio direito em determinado contexto histórico. A decisão deixa de ser mera jurisprudência unificada ou pacífica a servir de meio de controle e passa a ser verdadeiro precedente, que define o direito que deve regular a vida social e, apenas por isso, tem autoridade perante os demais tribunais. A decisão da Suprema Corte, bem por isso, não mais tem caráter puramente retroativo, derivado da declaração da lei, mas está preocupada com o futuro, em orientar os jurisdicionados e em servir de critério para as vindouras decisões judiciais. Daí porque a “uniformidade”, no novo contexto de Corte Suprema, *não visa tutelar a lei*, mas objetiva garantir a *igualdade perante o direito revelado nos precedentes*. Aliás, não é por outro motivo que aí é preferível falar em *unidade do direito*

⁵ Duxbury, Neil, *The nature of authority of precedent*. New York: Cambridge Press University, 2008, p. 113 e ss.

(fim da Corte de Interpretação e de Precedentes) do que em *uniformidade da jurisprudência* (meio que a antiga Corte empregava para o controle das decisões).

É interessante perceber que, enquanto declara o sentido exato da lei, a decisão sequer tem razão para ter autoridade perante os tribunais; afinal a lei já se impõe aos juízes. As decisões só tem razão para assumir autoridade quando agregam algo à ordem jurídica, quando se desprendem da lei para colaborar para o desenvolvimento do direito numa tarefa coordenada entre Judiciário e Legislativo. Quando isso ocorre as decisões de uma Corte Suprema têm autoridade para se projetar perante todos os juízes.

1.2. A função de colaboração com o Legislativo

A distinção entre enunciado legislativo e norma permite ver com clareza que a decisão interpretativa é autônoma em relação à lei. Dessa não é mera consequência lógica, uma vez que o sentido do texto legal depende de valorações que permeiam a eleição e, sobretudo, a utilização das diretivas interpretativas. O Judiciário, mais do que dar sentido ao produto do legislativo, tem o poder de delinear o direito em face de determinadas particularidades concretas, conferindo-lhe especificidade. Não se está falando do seu poder de resolver os casos mediante a aplicação da lei, mas da sua função de fazer surgir, mediante a interpretação, o direito adequado às particularidades de uma situação concreta.

Tendo em vista que o enunciado legal é potencialmente equívoco, a simples função de atribuir sentido ao texto já constitui função de colaboração com o Legislativo para a frutificação de uma ordem jurídica capaz de orientar a vida social. Vai além, porém, a tarefa cumprida pelo Judiciário ao dar sentido ao texto diante de uma situação concreta sequer pensada pelo legislador; nesse caso, a interpretação, atenta a diretivas funcionais que se desligam da “vontade do legislador histórico”, dá ao intérprete a oportunidade de considerar o texto valorando aspectos morais, culturais, econômicos e políticos do seu momento histórico. Essa última é uma interpretação que revela uma ideologia da interpretação não estática, atenta às necessidades sociais e à adequação do direito⁶.

Mediante essa interpretação, pautada em diretivas ligadas à ideologia da interpretação preocupada com a transformação do direito em consonância com a evolução da sociedade, torna-se clara a possibilidade de o Judiciário colaborar com o desenvolvimento do direito, adequando-o aos “novos tempos”. Nesse caso, o texto é interpretado de acordo com as proposições sociais da época do intérprete e segundo as suas valorações – obviamente carentes de devida justificativa. O mesmo ocorre quando o Judiciário já formulou norma a partir do texto e essa norma ou interpretação se encontra

⁶ Zaccaria, Giuseppe. *La libertà dell'interprete: creazione e vincolo nella prassi giuridica*. In *Questioni di interpretazione*. Padova: Cedam, 1996, p. 145-154.

desgastada pelas novas proposições sociais, a exigir uma nova interpretação mediante a revogação do precedente⁷.

As normas ditas abertas, compostas por conceitos jurídicos indeterminados ou por expressa admissão de concretização conforme as circunstâncias do caso concreto, são textos legais que convidam o juiz a colaborar a partir do caso concreto, editando a norma que o próprio texto sequer ousou projetar o sentido. Esse não tem como premissa o texto legal, mas a sua própria imprecisão ou vagueza a reclamar a consideração do caso concreto para a elaboração da norma. O texto reclama a participação do Judiciário, dada a prévia constatação da necessidade de elaborar o direito no caso concreto.

O impacto do constitucionalismo, ao impor ao juiz a necessidade de conformar o texto legal aos ditames da Constituição, claramente retira do legislador o poder de dizer o direito. O direito agora não apenas está submetido às normas constitucionais, não tendo validade se com elas conflitante, como ainda é dependente da interpretação judicial.

Lembre-se, aliás, que a elaboração teórica da Escola de Gênova, devida principalmente a Tarello⁸, Guastini⁹ e Chiassoni¹⁰, guarda relação com o problema que a Corte Constitucional italiana enfrentou nos primeiros anos da sua história, ocasião em que decidiu que objeto das suas decisões não são os textos das leis, mas as normas por eles expressas. Com isso a Corte introduziu uma separação estrutural entre texto e norma que gerou proveitos práticos em dupla perspectiva. Permitiu-se a declaração de inconstitucionalidade de uma norma extraível do texto sem a necessária declaração de inconstitucionalidade do texto, aplicando-se o princípio da conservação. Além disso, ao se admitir de que do texto podem advir várias normas, surgiu a possibilidade de se elaborar norma ou interpretação conforme a Constituição.¹¹ Note-se que manter o texto e elaborar interpretação conforme a Constituição nada mais é do que salvar o trabalho

⁷ Como disse Ascarelli, em um dos primeiros trabalhos do intenso e proveitoso caminho da elaboração teórica que levou à dissociação entre texto e norma, todo texto é equívoco em virtude da inevitável tensão entre a sua historicidade e o momento de sua aplicação pelo juiz (Ascarelli, Tullio. Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione, *Rivista di diritto processuale*, 1957, p. 358 e ss).

⁸ Tarello, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, cit; Tarello, Giovanni, Il "problema" dell'interpretazione: una formulazione ambigua, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1966, p. 349-357.

⁹ Guastini, Riccardo, *Interpretare e argomentare*, cit.; Guastini, Riccardo, Disposizione vs. norma, *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, pp. 3-14.

¹⁰ Chiassoni, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna: Il Mulino, 2007.

¹¹ É interessante lembrar que, não obstante admitindo a separação conceitual entre texto e norma-interpretação, Luigi Montesano concluiu que as fórmulas legislativas não podem escapar da pecha da inconstitucionalidade quando abrem oportunidade para interpretações contrárias à Constituição. A sua posição, não admitida pela Corte Constitucional e pela maioria da doutrina da época, foi revelada no célebre artigo intitulado "Norma e formula legislativa nel giudizio costituzionale", publicado na *Rivista di diritto processuale*, 1958, p. 524 e ss.

do legislador, adequando-o às normas constitucionais. Trata-se, em outras palavras, de transformar o conceito de direito, retirando-o da esfera exclusiva do Legislativo, submetendo-o à Constituição e, especialmente, tornando-o dependente da interpretação judicial.

Esclareça-se que a função de colaboração com o desenvolvimento do direito é, precípua mente, das Cortes Supremas. A elas cabe o monopólio da definição do sentido do direito, assim como da sua adequação às novas necessidades sociais. É delas a função de outorga de unidade ao direito. Os tribunais ordinários não têm a função de definir o sentido do direito e, bem por isso, devem se pautar nas normas estabelecidas nos precedentes das Cortes Supremas. Tais tribunais colaboram até a definição do sentido do direito, como também podem apontar para a necessidade de os precedentes serem revistos, inclusive mediante a elaboração de votos que contenham “posições dissidentes”, que, embora não constituam decisões em sentido contrário, revelam “opiniões” destinadas a *influenciar* as Cortes de Precedentes.

A Corte Suprema ligada ao direito federal infraconstitucional obviamente não mais está a serviço do legislador, procurando a tutela da lei ou a revelação do seu sentido exato para corrigir as decisões dos tribunais ordinários. Por ser uma Corte de interpretação - que não se pauta no formalismo interpretativo -, trabalha de modo coordenado com o Legislativo para a frutificação do direito na sociedade. A Corte deixa de ser tribunal de tutela da lei para ser tribunal de atribuição de sentido à lei não só em virtude da percepção de que o legislativo não tem capacidade de produzir sozinho o direito, mas sobretudo em razão de que se constata que a tarefa interpretativa é valorativa e que, portanto, a decisão não é uma mera consequência lógica do que é produzido pelo legislador, mas uma verdadeira reconstrução de sentido que adere à ordem legislativa, revelando o direito que deve orientar a sociedade e pautar as decisões dos tribunais ordinários.

1.3. A imprescindibilidade de superar a relação “corrigir a decisão-definir o sentido do direito”

Se a Suprema Corte deve dar sentido ao direito, assim como adequá-lo aos novos fatos e valores sociais, não há necessidade dela estar aberta à correção das decisões judiciais. Uma Corte incumbida de dar sentido ao direito federal não pode ter a sua função atrelada a um direito subjetivo de impugnar a interpretação dada pelos tribunais ordinários. Tal função não depende da admissibilidade da impugnação recursal das decisões dos tribunais de apelação, necessitando, ao revés, de uma estratégia que permita a seleção das causas aptas à elaboração das decisões capazes de outorgar sentido ao direito.

Verifica-se, assim, que a relação entre correção das decisões e definição da interpretação do direito, sempre afirmada na doutrina, inclusive pela pena de Calamandrei, atrapalha a visualização da real função das Cortes Supremas contemporâneas. Na verdade, tal relação só tem cabimento quando se pensa na função de tutela da lei, uma vez que o sistema de

correção se mostra adequado apenas quando a função da Corte se limita a declarar o sentido intrínseco ao texto legal. Ora, uma Corte de interpretação ou de atribuição de sentido ao direito não tem função de corrigir decisões, mas de colaborar – inclusive com o legislativo - para o desenvolvimento do direito. A elaboração da decisão justa, no que toca à solução dos litígios, cabe aos juízes e aos tribunais ordinários. Assim, a Corte incumbida de desenvolver o direito federal não tem que julgar toda e qualquer irresignação contra uma interpretação dita equivocada de tribunal de apelação. Deve, ao contrário, ter ao seu dispor uma técnica ou filtro que lhe permita individualizar os recursos aptos ao exercício da sua função.

1.4. A necessidade de instituição de filtro recursal para a Corte Suprema desempenhar suas funções

Os filtros recursais legitimamente eliminam a possibilidade de se discutir determinadas decisões de tribunais ordinários. Não há um direito subjetivo à revisão das decisões proferidas em segundo grau de jurisdição. Tanto é verdade que ninguém tem direito a interpor recurso especial para rever matéria de prova ou para solicitar a revisão da “justiça da decisão”. Portanto, não há como pensar que filtros recursais, como a *repercussão geral* e o *writ of certiorari*, destinados a dar às Cortes Supremas efetiva possibilidade de exercerem as suas funções, espelhem violação ao direito fundamental de acesso à justiça¹².

A Suprema Corte estadunidense constitui genuíno exemplo de Corte Suprema que funciona com filtro recursal destinado a conferir adequada oportunidade à instituição ou à revogação de precedente. O *writ of certiorari* confere à Suprema Corte ampla discricionariedade para selecionar os recursos (Rule 10, *Rules of the Supreme Court*) O *certiorari*, que nasceu para reduzir o número de recursos afetos à Suprema Corte, tornou-se um instrumento indispensável para a Corte desenvolver a sua função. O instituto não apenas permitiu à Corte racionalizar o seu tempo, dedicando-o aos casos mais importantes, mas sobretudo lhe deu condições de fixar soluções para situações de notável importância para o desenvolvimento da sociedade estadunidense¹³.

¹² Marinoni, Luiz Guilherme e Mitidiero, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 3^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 11-16.

¹³ Hartnett, Edward A., Questioning Certiorari: some reflections seventy-five years after the judges' bill, *Columbia Law Review*, v. 100, n. 7, New York, Nov. 2010, p. 1643-1738; Cordray, Margareth M. e Cordray, Richard, The philosophy of Certiorari: jurisprudential considerations in Supreme Court case selection, *Washington University Law Quarterly*, v. 82, n.2, Saint Louis, 2004, p. 389-452; Brenner, Saul, Granting Certiorari by the United States Supreme Court: An Overview of the Social Science Studies, *Law Library Journal*, v. 92, n. 2, Chicago, 2000, p. 193-201; Bennett, Robert W., Judicial Review in the United States. In: *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*. Napoli: Edizione Scientifice Italiane, 2011. p. 155-182. Sobre o ponto, também é interessante consultar Barsotti, Vittoria. *L'Arte di Tacere – Strumenti e Tecniche di non Decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*. Torino: Giappichelli, 1999.

O *Bundesgerichtshof* alemão e o Tribunal Superior espanhol também se valem de filtro recursal para poderem se concentrar sobre casos relevantes e, assim, exercer uma função claramente preocupada com o desenvolvimento do direito. Em 2002 – em vista da reforma processual alemã de 2001 - foram instituidos como critérios para a admissão do recurso ao *Bundesgerichtshof* a *grundssätzliche Bedeutung* da questão de direito, assim como a relevância da decisão para a *Rechtsfortbildung* ou para a unificação do direito (§ 543, 2, 2, segunda parte, ZPO alemã). Ou seja, a autorização para o julgamento do recurso, que pode ser dada pelo Tribunal Regional Superior ou, na falta desta, pelo próprio *Bundesgerichtshof*, depende da “importância fundamental” da questão de direito ou da relevância da decisão para o “aperfeiçoamento” do direito ou para a uniformização da aplicação do direito.

Não há dúvida que o requisito de maior significado, quando se pensa na função das Cortes Supremas contemporâneas, é o da “importância fundamental da questão de direito”. A questão de direito não pode ser qualquer uma exatamente porque a decisão da Corte deve ter impacto sobre a evolução do direito, e não apenas efeitos sobre os litigantes. A Corte, ao decidir questão de direito de “importância fundamental”, confere-lhe contornos e projeta-os ao futuro mediante a força dos precedentes, que vão orientar a solução dos casos conflitivos que ainda estão para eclodir.

Algo bastante similar está presente na atual conformação do recurso de cassação ao Tribunal Supremo espanhol. O artigo 477 da Ley de Enjuiciamiento Civil afirma que “el recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso” (Art. 477, 1)¹⁴. O n. 2 do art. 477, com nova redação em vigor desde 30 de outubro de 2011, elenca hipóteses em que as decisões de segundo grau podem ser objeto de recurso de cassação. Assim, “cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución” (art. 477, 2, 1º). O artigo 24 da Constituição espanhola se refere aos direitos fundamentais *processuais*, que podem ser tutelados mediante “recurso extraordinário” a um dos Tribunais Superiores de Justiça que se colocam em uma zona intermediária entre os Tribunais de Apelação e o Tribunal Supremo¹⁵. Os parágrafos 2 e 3 do n. 2 do art. 477, em continuação, afirmam que as decisões de segundo grau também podem ser objeto de recurso de cassação “siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros.” (2º) e “cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tratado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional”. (3º)

¹⁴ Santos, Andrés de la Oliva, Un modelo de casación civil eficaz para el tribunal supremo de España. In: *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 249-280.

¹⁵ Art. 468 da Ley de Enjuiciamiento: “Las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán, como Salas de lo Civil, de los recursos por infracción procesal contra sentencias y autos dictados por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia”.

O n. 3 do artigo 477 se preocupa em esclarecer quando o recurso é cabível com base em “interesse cassacional”. Diz a norma que “se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido”. Diz a norma, ainda, que “cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del Tribunal Superior sobre normas de Derecho especial de la Comunidad Autónoma correspondiente”.

Há “interés casacional” i) quando a decisão recorrida contraria a “doctrina jurisprudencial” do Tribunal Supremo, ou seja, a sua jurisprudência consolidada; ii) quando há divergência entre os tribunais de segundo grau; e iii) quando a decisão recorrida aplica normas que entraram em vigor há menos de cinco anos, desde que não exista jurisprudência consolidada do Tribunal Supremo a respeito de normas anteriores de conteúdo igual ou similar. O “interés casacional”, como se vê, objetiva permitir que o Tribunal Supremo dê unidade ao direito, impedindo a sobrevivência de decisões que lhe são contrárias e dissipando as divergências entre os tribunais de segundo grau. No caso de leis que entraram em vigor há menos de cinco anos, e não tem conteúdo igual ou semelhante a leis anteriores a cujo respeito o Tribunal Supremo já firmou jurisprudência consolidada, o recurso cassacional é admitido exatamente porque não existem as hipóteses de decisão contrária e de divergência entre tribunais.

Taruffo, quando analisa a racionalização do uso do recurso cassacional e, especialmente, o interesse cassacional enquanto pressuposto para a sua admissibilidade, afirma que o Tribunal Superior espanhol se tornou – ou tem parâmetros jurídicos para se tornar – “una vera e propria corte de precedentes”¹⁶. Isso quer dizer, obviamente, que o Superior Tribunal de Justiça brasileiro também tem plenas condições de exercer a sua missão constitucional e a função de uma Corte de Precedentes.

Ademais, os exemplos da Suprema Corte estadunidense, do *Bundesgerichtshof* e do Tribunal Superior espanhol são mostras de que os filtros recursais não podem ser vistos como técnicas exclusivas das Cortes Constitucionais, mas, na verdade, constituem instrumentos relevantes para que uma Corte de vértice possa dar unidade ao direito em uma perspectiva

¹⁶ Taruffo, Michele, *Le Corti Supreme Europee: accesso, filtri e selezione*, In: *Le Corti Supreme*, cit., p. 103.

prospectiva - ou estabelecer o sentido do direito que deve orientar a solução de casos futuros¹⁷.

É importante enfatizar que, no direito espanhol, o recurso cassacional é cabível, nos termos do primeiro parágrafo do n. 3 do art. 477 da Ley de Enjuiciamiento Civil, “cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo”. Ao contrário do que ocorre com o recurso especial, admissível em caso de contrariedade à lei federal (artigo 105, III, a, CF), o recurso cassacional é viável em caso de contrariedade à “doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo”.

Trata-se, sem dúvida, de distinção importante, pois a ideia de contrariedade a precedente não permite o uso vulgar e irracional do “recurso especial” - que, no Brasil, é interposto com base em contrariedade de lei. O recurso especial, quando baseado em contrariedade à lei federal, não tutela a unidade do direito, mas apenas possibilita à parte vencida interpor recurso para argumentar em favor da interpretação que lhe beneficia. Na verdade, isso é ainda assim porque não se dá à Suprema Corte condições para editar precedentes.

No Brasil, afirmando-se a adequada compreensão do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, torna-se evidente que o “recurso especial” há de ser admitido apenas nos casos em que a decisão recorrida i) diverge do entendimento da Suprema Corte; aplica precedente ii) desgastado, iii) superado por nova concepção geral acerca do direito, ou excepcionalmente iv) equivocado; e ainda quando a decisão v) diverge da interpretação que lhe deu outro tribunal ou vi) se funda em lei federal cuja interpretação ainda não foi definida pela Suprema Corte ou não gerou divergência entre tribunais de apelação.

Interessa lembrar que essas condições de admissibilidade do recurso especial são muito semelhantes aos pressupostos que fazem ver o “interés casacional” no direito espanhol. Lembre-se que o “interés casacional” está presente quando a decisão recorrida diverge do entendimento do Tribunal Supremo, quando há divergência entre os tribunais ordinários e, no caso em que se aplica lei em vigor há menos de cinco anos, quando não existe jurisprudência consolidada do Tribunal Supremo a respeito de norma anterior de conteúdo igual ou similar. Ora, o “interés casacional” que legitima o julgamento do recurso de cassação, segundo a melhor doutrina espanhola, é um “interés general determinado por la necesidad de establecer *doctrina jurídica interpretativa* de las fuentes del Derecho dotada de especial autoridad”¹⁸.

¹⁷ Taruffo, Michele, *Le funzioni delle Corti supreme: cenni generali*. In: *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*. Nápoles: Edizione Scientifice Italiane, 2011. p. 11-36.

¹⁸ “Lo expuesto puede resumirse en la propuesta de que el Tribunal Supremo se dedique en España a resolver recursos de casación por infracción de leyes sustantivas (sin revisión de los hechos ni de presuntas infracciones de leyes procesales) siempre que concurra un interés general determinado por la necesidad de establecer doctrina jurídica interpretativa de las fuentes del Derecho dotada de

Há questões de direito que, embora não expressamente resolvidas pela Corte Suprema, podem ser facilmente compreendidas a partir dos seus precedentes, assim como ocorre quando se considera precedentes relativos a leis revogadas de conteúdo similar ou igual ao de leis novas. Há ainda casos cuja solução não tem relevância para a sociedade ou para o desenvolvimento do direito, mas apenas importância momentânea para determinado sujeito. Casos deste tipo não reclamam a intervenção de uma Corte com função de desenvolvimento do direito, voltada ao futuro.

Por conta disto, e apenas para os “casos novos” ou que ainda não suscitaram divergência entre os tribunais, importa um filtro recursal norteado pela relevância da questão federal, semelhante ao requisito para a admissão do recurso ao *Bundesgerichtshof* alemão. Filtro recursal desta espécie, como visto, não constitui privilégio das Cortes Constitucionais, mas também pode ser utilizado pelas Cortes incumbidas de definir o sentido do direito federal infraconstitucional.

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

Note-se que não são apenas as questões federais que se ligam a violações em massa, e assim podem gerar múltiplas ações, que reclamam uma definição de sentido por parte da Suprema Corte. Também as questões pontuais, mas que são relevantes para a orientação dos cidadãos e para a estabilização das relações jurídicas, necessitam ser definidas. A circunstância de uma questão federal não estar relacionada a atos ou condutas que podem gerar múltiplas violações ou danos está longe de significar que ela não possa se inserir no cotidiano das pessoas e, portanto, constituir uma questão federal relevante e transcendente.

É certamente equivocado supor que uma Suprema Corte deve atuar apenas para resolver questões de direito que podem se repetir ou multiplicar, como se a sua tarefa fosse simplesmente reduzir a massa dos casos apresentados ao Judiciário. A definição judicial das questões federais tem

especial autoridad. Ese interés general, concretamente, el *interés casacional*, debería prevalecer absolutamente sobre el *ius litigatoris* y se consideraría existente, no por arbitrio del mismo Tribunal Supremo, sino por la oposición de la sentencia recurrida a doctrina jurisprudencial del mismo Tribunal, por la existencia de jurisprudencia contradictoria de los tribunales de segunda instancia o por la inexistencia de doctrina autorizada sobre normas y preceptos materialmente nuevos, al margen de la *summa gravaminis* de los casos” (Santos, Andrés de la Oliva, Un modelo de casación civil eficaz para el Tribunal Supremo de España. In: *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*. Nápoles: Edizione Scientifice Italiane, 2011. p. 279-280).

importância muito maior. As decisões da Suprema Corte não impactam apenas os casos judiciais, mas, antes de tudo, a própria vida em sociedade, constituindo-se a base para os homens e as empresas se comportarem num Estado de Direito. Ademais, quando relacionados com o que acontece no Judiciário, os precedentes têm a função de garantir a igualdade e a segurança jurídica, e não os objetivos – que, na realidade, são meras consequências – de reduzir a carga de recursos ou acelerar a prestação jurisdicional.

2. A autoridade dos precedentes

2.1. Os precedentes na ordem jurídica vinculante

O impacto do constitucionalismo e a dissociação entre texto e norma deram à decisão judicial um significado bem distinto daquele imaginado por quem supunha que a missão do juiz era apenas declarar a norma contida na lei. A decisão judicial, não só pela circunstância de que resulta de uma atividade interpretativa que contém valorações e decisões de conteúdos externos ao texto da lei, mas também diante das regras legais que convidam o juiz à sua concretização segundo as circunstâncias do caso e da imprescindibilidade de a lei ser conformada aos ditados da Constituição, certamente agrega sentido ou substância à ordem legislativa. Essa, em outras palavras, não é suficiente para orientar a sociedade ou, bem vistas as coisas, para sozinha espelhar o direito que conduz a vida social. O direito precisa de algo mais: necessita da colaboração do Judiciário.

Contudo, se todos os juízes têm poder para proclamar esse “algo mais” ou o direito que não se limita ao sentido exato da lei, só uma Corte de Vértice pode ter a função de defini-lo e desenvolvê-lo. Os juízes e tribunais inferiores têm a função de resolver os casos e, apenas antes da pronúncia da Suprema Corte, dizer sobre o sentido de uma questão de direito federal ou sobre a interpretação de um texto legal. A função de dar unidade aos conteúdos acrescidos ao texto da lei é apenas da Corte Suprema.

Tais “conteúdos”, exatamente porque revelam sentidos ou compreensões jurídicas dotados de novidade, são imprescindíveis para orientar a sociedade e, por consequência, não podem ser ignorados pelos demais órgãos judiciais, sob pena de violação da igualdade perante o direito. Perceba-se que tais “conteúdos”, que se revelam mediante o que se chama de precedentes, também constituem direito, pois aperfeiçoam o produto do legislativo, dando-lhe plena capacidade de operar com imperatividade e eficiência social. Esses “conteúdos”, a partir de valorações racionalizadas mediante a devida argumentação, especificam o significado da lei diante das circunstâncias concretas do caso. Só isso é suficiente para ver que os precedentes são, em razão apenas da sua substância, dotados de força obrigatória. Afinal, nessas condições os precedentes integram a ordem jurídica, naturalmente vinculante¹⁹.

¹⁹ Marinoni, Luiz Guilherme, *O STJ enquanto Corte de Precedentes*, cit., p. 155 e ss.

2.2. A decisão interpretativa da Suprema Corte como “reconstrução” que regula a vida social e guia a resolução dos casos conflitivos: a eficácia obrigatória do precedente como consequência

Porém, não basta “falar” que as decisões das Supremas Cortes inovam na ordem jurídica. É imprescindível melhor demonstrar em que sentido isso ocorre, explorando um campo altamente complexo e polêmico. É preciso saber de que forma e em que a decisão interpretativa inova em relação à lei. Basicamente, é necessário responder se na decisão interpretativa há em alguma medida “criação” ou simplesmente pronúncia de uma consequência lógica da regra interpretada e, ainda, se esta criação tem efeitos sobre toda a sociedade e os juízes.

A interpretação capaz de atribuir sentido ao direito não é uma operação meramente lógica. As diretrizes interpretativas não constituem regras lógicas, mas critérios que são eleitos e preenchidos mediante valorações e opções do intérprete, a conduzirem a um resultado-interpretação que expressa a sua vontade. A decisão interpretativa não é determinada pela fórmula legislativa, mas é fruto de valorações e da vontade do intérprete. Portanto, não pode ser vista como uma consequência puramente lógica da regra legislada, nada obstante a lógica seja importante para aferição da correção da justificação interna da decisão.

A decisão judicial, ao atribuir sentido ao direito a partir de valorações devidamente racionalizadas pela Corte Suprema, revela uma “criação” não apenas por fazer surgir algo que não preexiste à interpretação ou que decorre logicamente da lei, mas também por ser expressão de uma vontade do Judiciário²⁰. Exatamente nesse sentido, diz Wróblewski que a discutida definição de criatividade pode supor que uma decisão interpretativa é

²⁰ “Sin adoptar posturas extremas, reconocemos con Carrió, que afirmar que los jueces crean derecho es una expresión ambigua; quizá sea esa ambigüedad la que posibilite el amplio consenso existente hoy en día al respecto. Pensamos, sin embargo, que se trata sólo de un consenso aparente, pues el significante ‘los jueces crean derecho’ encierra múltiples significados que dan lugar a las más diversas concepciones de la actividad judicial. Desde quienes pretenden asimilar la actividad de los jueces a la de los legisladores hasta aquellos que hablan de creatividad judicial en su sentido más débil como una dimensión necesaria en la tarea de decidir. Como ni uno ni otro extremo nos ofrecen un modelo de actividad judicial que resista su comparación con la realidad, creemos por el contrario que cierto grado de creación del derecho es inevitable y que en instancias tales como el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo la creatividad judicial se asimilia a la función del legislador en lo que se ha venido llamando legislación negativa”. (Gil, Ernesto J. Vidal; Pascual, Cristina García. Creación Judicial del Derecho. *Sentido y razón del derecho – enfoques socio-jurídicos para la sociedad democrática*. Madrid: Hacer Editorial, 1992, p. 145-146). V. Carrió, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1979, p. 24-51; Tarello, Giovanni. Il “problema” dell’interpretazione: una formulazione ambigua, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1966, p. 355.

criativa se a sua formulação não está determinada pelo direito, mas exige opções valorativas do intérprete.²¹

A decisão judicial, em tal sentido, constitui mais propriamente criação de algo a partir da lei do que criação do direito. Por isso, constitui mais *reconstrução* do que *pura construção*. Criação judicial, nesse último sentido, dependeria de admitir ao juiz criar uma norma geral na falta de lei ou ao supor a lei como “muito injusta” ou inválida.

Embora Kelsen entenda que a norma individual (a sentença) somente pode ser justificada por uma norma geral, ele não chega a admitir, de forma clara e explícita, que o juiz pode criá-la quando a norma geral é “muito injusta”; tanto é assim que fala, nessa situação, em “*aplicação de norma geral não positiva*”. No raciocínio de Kelsen, essa norma geral seria *aplicada, ao invés de criada*, em razão de que o juiz não pode criar a norma geral, e seria *não positiva* por não ter sido criada pelo legislador²².

Bulygin afirma que isso é uma inconsequência de Kelsen, pois, se a positividade do direito resulta do fato de que as normas são criadas por atos humanos – como reconhece o próprio Kelsen –, não há razão para se falar em “*aplicação de norma geral não positiva*”.²³ Ora, se a positividade decorre de a norma ter sido criada por ato humano, nada poderia impedir a conclusão de que o juiz, em tal caso, *cria* a norma geral e que essa, por consequência, é dotada de positividade.

De qualquer forma, aqui não importa o significado da decisão que elabora uma norma diante da falta de lei ou de lei inválida, mas o significado da decisão que interpreta a lei. É possível dizer, seguindo a Wróblewski²⁴ e Shapiro²⁵, que a criatividade própria à interpretação judicial que se ampara na lei muda o direito apenas “incrementadamente” (*incrementally*). Na verdade, a decisão que interpreta a lei agrega algo de novo à ordem jurídica legislada, mas não a invalida ou a integra. Isso porque dá conteúdo a uma ordem jurídica de maior amplitude, preenchida pela legislação e pelas decisões judiciais das Cortes Supremas²⁶.

²¹ Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Madrid: Civitas, 2001, p. 83.

²² Kelsen, Hans, *Jurisdição Constitucional*, São Paulo: Martins Fontes, 1990, p. 151 e ss; Kelsen, Hans, *La garantie jurisdictionnelle de la constitution. La justice constitutionnelle*, *Revue de droit public*, 1928, p. 36 e ss.

²³ Bulygin, Eugenio, ¿Los jueces crean derecho?, XII Seminario Eduardo García Maynez sobre teoría e filosofía del derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, p. 8.

²⁴ Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 83.

²⁵ Shapiro, M., *Stability and change in judicial decision-making: incrementalism or stare decisis?* In *Law and the behavioral sciences*, Indianápolis-Kansas-Nova Iorque: Ed. L. M. Friedman & S. Macaulay, 1977.

²⁶ Ver, sobre as perspectivas de evolução da Suprema Corte argentina, Berizonce, Roberto Omar, *Las funciones de la Corte Suprema: en el tránsito hacia un nuevo*

A observação de que a decisão interpretativa passa a preencher uma ordem jurídica de maior amplitude requer esclarecimento. Tal observação supõe, como não poderia deixar de ser, que a decisão não se limita aos litigantes envolvidos no caso, mas se estende a toda a coletividade com o caráter de direito. Segundo a Constituição Federal brasileira, cabe ao Superior Tribunal de Justiça definir a interpretação da lei federal, ou seja, atribuir-lhe sentido e unidade, evitando decisões destoantes de parte dos tribunais ordinários. Isso quer dizer que a decisão do Superior Tribunal de Justiça não apenas revela a interpretação da lei, mas fixa a interpretação que deve orientar a vida social e pautar as decisões judiciais. Como é óbvio, a criação de que aqui se fala não pretende ter a mesma estatura do produto elaborado pelo legislador²⁷; quer indicar, apenas, que a interpretação da Corte Suprema, mediante valoração, define o sentido do direito com eficácia geral diante da sociedade e obrigatoriedade perante os tribunais inferiores.

Chega-se aí ao ponto: a decisão interpretativa, por ser elaborada a partir das valorações e da vontade do intérprete, é algo mais em face da regra editada pelo legislador, tendo, assim, um caráter de criatividade a partir da lei. Esse algo de novo se coloca ao lado da lei, integrando uma ordem jurídica mais ampla, exatamente porque a decisão da Suprema Corte, ao definir o sentido do direito, confere-lhe unidade, revelando o “direito judicial” que deve regular a vida em sociedade e guiar a solução de casos iguais ou similares²⁸. De modo que a eficácia obrigatoria do precedente, circunscrita à sua *ratio decidendi*, é mera consequência da função da Corte de atribuir sentido e unidade ao direito federal, vale dizer, de criar algo de novo na ordem jurídica vinculante.

2.3. A posição de vértice

modelo. In *Cortes Supremas – Funciones y Recursos Extraordinarios*. (Eduardo Oteiza, Coordinador), Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 107 e ss.

²⁷ Nem a interpretação da lei nem o raciocínio que se faz para suprir a omissão do legislador diante de um direito fundamental ou para invalidar a lei constituem atividade criativa que independe de um direito previamente estabelecido. Nesses dois últimos casos, a jurisdição não apenas cumpre a tarefa que lhe foi atribuída no constitucionalismo contemporâneo, como também, diante da transformação do conceito de direito, apenas o *aplica*. No Estado constitucional não há qualquer motivo para aí se enxergar uma exceção à função de aplicação do direito, como se essa não estivesse subordinada aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais. V. Luiz Guilherme Marinoni, *Curso de Processo Civil - Teoria Geral do Processo*, v. 1, 7^a ed. São Paulo: Ed. RT, 2013, Parte I, item 7.11.

²⁸ Como argumenta Wróblewski, o suposto da criatividade ocorre se e somente se uma decisão interpretativa influi de fato na aplicação do direito de maneira análoga às regras legais. Isso ocorre quando a decisão do tribunal superior é considerada argumento nas atividades interpretativas futuras dos tribunais inferiores nos sistemas de *civil law* (Wróblewski, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, cit., p. 84).

A autoridade dos precedentes também guarda relação com o fato de uma Suprema Corte ter posição diferenciada no sistema jurídico²⁹, destinada à revelação do sentido do direito. No sistema brasileiro a posição do Superior Tribunal de Justiça no sistema lhe confere a última palavra no que pertine à atribuição judicial de sentido ao direito federal.

Porém, só há lógica em dar a “última palavra” quando essa é a “última” para todos os casos similares que estão para aflorar. O contrário seria supor que uma Corte tem posição de vértice e dá a última palavra por acaso. Ou ainda que cabe à Corte Suprema dar a última palavra apenas no caso concreto, quando a sua tarefa, então, seria a de um mero tribunal de revisão, algo incompatível com a função de colaboração para o desenvolvimento do direito, própria às Cortes Supremas da atualidade. Perceba-se: não é o caso de simplesmente dizer que os tribunais inferiores estão submetidos à Suprema Corte, mas de perceber que os tribunais inferiores devem respeito ao direito delineado pela Corte que, no sistema judicial, exerce função de vértice.

3. Fundamentos dos Precedentes Obrigatórios³⁰

3.1. A realização da igualdade

O principal fundamento de um sistema de precedentes obrigatórios está na igualdade de todos perante o direito. O Estado Constitucional não apenas proclama e incentiva a igualdade nas relações sociais, mas tutela a igualdade. De lado a questão do dever de editar normas que assegurem tratamento igualitário, inclusive na proporção das desigualdades, é certo que o Estado, para tutelar a igualdade, não pode admitir tratamento desigual em processo em que exerce o seu poder nem procedimento e técnicas que privilegiem determinadas posições sociais, como, por razões que deveriam ser ainda mais óbvias, não pode produzir Direito (ainda que mediante os juízes) que expresse tratamento desigual a situações idênticas.

O princípio *treat like cases alike* é a base secular do *stare decisis* e, portanto, dos precedentes obrigatórios no *common law*. O *common law*, em virtude da plena consciência de que o juiz participa da produção do Direito, desde suas origens cuida para que o produto da atividade judicial não signifique violação da igualdade³¹. O *civil law*, por supor que o juiz pode se

²⁹ Lembre-se que Calamandrei, embora pensando numa Corte a serviço do “sentido exato da lei”, chegou a observar que, como não há possibilidade de constatar de modo absoluto a verdadeira interpretação da lei, não há outra alternativa para se garantir a certeza e a igualdade do Direito a não ser considerar “oficialmente” como “verdadeira” a interpretação eleita pela Corte Suprema (Calamandrei, Piero, *La casación civil*, t. 2, cit., p. 110-111).

³⁰ Ver Marinoni, Luiz Guilherme. *Precedentes Obligatorios*. Lima: Palestra Editores, 2011, Marinoni, Luiz Guilherme. *Bases para un sistema de precedentes judiciales*. El Salvador: Editorial Cuscatleca, 2011.

³¹ V. Bankowski, Zenon; MacCormick, Neil; Morawski, Lech, Miguel, Alfonso Ruiz. *Rationales for precedent*. In *Interpreting Precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997, p. 488.

limitar a descrever a norma contida no texto legislativo, nunca se preocupou com a igualdade dos cidadãos em face das decisões, tendo sempre proclamado apenas a igualdade perante a lei.

Sucede que, atualmente, o Judiciário colabora com o Legislativo na tarefa de construção de um Direito que responda às necessidades sociais. Isso não apenas porque o texto legislativo depende do significado que lhe é atribuído pelo juiz e em razão de que o legislador sabe que necessita da atividade judicial para a concretização de determinadas normas, mas também por haver consciência de que o direito deve estar em constante atualização e adaptação aos novos fatos sociais. Para tudo isso a atuação da Corte Suprema é imprescindível.

Se o direito hoje está nas mãos do Judiciário³², é gravíssimo deixar de indagar se os cidadãos dele recebem tratamento igualitário. Os processualistas se preocupam com a igualdade no processo e com a igualdade de técnicas processuais à disposição dos jurisdicionados, mas deixam passar ao largo a igualdade diante do produto da atividade jurisdicional, ou seja, a igualdade perante as decisões judiciais. Os civilistas, embora empolgados com a técnica legislativa das cláusulas abertas, e os teóricos do direito, ainda que definitivamente conscientes de que a interpretação, enquanto produto, está longe de significar a declaração de uma norma contida na lei, também se mantêm calados a respeito de algo que deveria ser uma consequência lógica das suas “descobertas”. Os juristas, aliados aos operadores do direito que, mal ou bem, têm interesse em manter o *status quo*, postam-se como se fosse absolutamente natural oferecer decisões desiguais a pessoas que estão em uma mesma situação jurídica.

É imprescindível, em um Estado Constitucional, zelar pela igualdade de tratamento em face das decisões judiciais. Nada nega tanto a igualdade quanto dar, a quem já teve o seu direito violado ou sofre iminente ameaça de tê-lo, uma decisão desconforme com o padrão de racionalidade já definido pelo Judiciário em casos iguais ou similares. Após a edição da decisão dotada de “razões apropriadas” pela Corte Suprema, não há como admitir, por parte de qualquer juiz ou tribunal, uma decisão que apresente razões divergentes. É inconcebível não perceber que uma decisão desse porte faz pouco caso não só do Estado de Direito e do Poder Judiciário, mas também da igualdade, representando lamentável arbitrariedade ou ingenuidade inescusável.

Não há direito coerente num Estado em que os seus juízes pensam ter liberdade para formular normas jurídicas desiguais para casos iguais ou similares. Daí a importância de os doutrinadores e os juízes, promotores e advogados tomarem consciência de que não é mais possível conviver com múltiplas decisões para casos que exigem a mesma resposta, sobretudo

³² Ferrarese, Maria Rosaria. Dal “verbo” legislativo a chi dice l’“ultima parola”: le Corti Costituzionali e la rete giudiziaria, In: *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, Napoli: Edizioni Scientifiche italiane, 2011, p. 63 e ss.

quando essa resposta já foi elaborada pela Corte Suprema incumbida pela Constituição Federal a tanto.

Sublinhe-se que há parâmetro claro para o controle da igualdade perante casos similares e esse está nas decisões das Cortes Supremas. Quando os casos são desiguais basta ao tribunal inferior adotar o *distinguishing*, evidenciando que o caso sob julgamento não pode ser solucionado mediante a aplicação do precedente.

A realização da igualdade requer a universalização do precedente. O fundamento essencial ou determinante do precedente deve ser delineado de modo a abranger o maior número possível de situações jurídicas similares, propiciando-lhes tratamento igualitário e tornando desnecessária, na medida do possível, a ampliação da esfera para a qual o precedente foi primitivamente elaborado e, desse modo, o uso do *distinguishing*.

Admitindo-se que a interpretação não pode definir o sentido exato da lei, mas deve realizar valorações para definir o sentido atribuível ao texto legal, é claro que a lei não é suficiente para garantir a igualdade perante o Judiciário. A Corte Suprema não mais pode ser vista como um órgão que visa a garantir uma mítica racionalidade do ordenamento, fruto de uma razão iluminista que tanto já seduziu³³. É preciso que o sentido do direito delineado pela Corte Suprema, por intermédio do precedente, paute a solução dos casos iguais ou similares, vinculando ou obrigando os juízes e tribunais inferiores. A igualdade perante as decisões judiciais é fruto do dever de o Estado dar a todos que estão em uma mesma situação jurídica a solução que a Corte Suprema racionalmente delineou, oferecendo as melhores razões possíveis. Afinal, todos os homens, em condições iguais, merecem (e apenas podem exigir) a melhor solução que o Estado pode obter para lhes garantir uma vida justa.

Em suma: o valor constitucional tutelado pelo sistema de precedentes não é a unidade do direito, antigo mito atrás do qual se esconderam instâncias autoritárias dos mais variados gêneros, porém a igualdade, realizada empiricamente mediante a vinculação dos tribunais e juízes ao “direito” delineado pela Corte Suprema, dependente da evolução da vida social, aberto ao dinamismo de um sistema voltado à atuação de princípios fundamentais munidos de inesgotável carga axiológica e atento à devida percepção das diferenças³⁴.

3.2. A imparcialidade

A força obrigatória dos precedentes também é fundamental para a realização do valor da imparcialidade. Essa, embora sempre ligada ao juiz, é atributo do Estado. O Estado tem o dever de tratar dos assuntos que dizem

³³ Silvestri, Gaetano. *Le Corti Supreme negli ordinamenti costituzionali contemporanei*. In *Le Corti Supreme*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 45.

³⁴ Silvestri, Gaetano. *Le Corti Supreme negli ordinamenti costituzionali contemporanei*. In *Le Corti Supreme*, cit., p. 45.

respeito ao povo com isenção, com imparcialidade, sem preferir uma posição social diante de outra – a não ser que uma delas, devido a circunstâncias particularizadas, exija tratamento diferenciado para que o próprio dever estatal de tutela aos direitos fundamentais não seja descurado.

Descendo-se ao patamar do Judiciário, comprehende-se a imparcialidade como o dever de o juiz não preferir uma parte em face de outra. Porém, surpreendentemente não se percebe que o juiz não pode proferir decisões distintas para casos iguais ou similares, ou proferir decisões divergentes depois de a Suprema Corte já ter elaborado a solução que o direito impõe ao caso, exatamente para que o Estado não exerça a função jurisdicional de modo a privilegiar, sem razão alguma, uma parte em face de outra.

A imparcialidade pode ser vista em duas dimensões. Uma primeira, que pode ser dita positiva, é relativa ao dever de o Estado exercer as suas funções unicamente em nome do interesse público e da concretização dos direitos fundamentais, sem poder privilegiar a ninguém. A outra, que então pode ser dita negativa, diz respeito à proibição de condutas que possam conferir privilégios e ao seu respectivo sancionamento.

Note-se que, no que respeita à imparcialidade do juiz, fala-se apenas em proibi-lo de atuar de modo a favorecer uma das partes. Porém, é preciso compreender a imparcialidade em um sentido prospectivo, vendo-a como estímulo e promoção de uma função estatal despida de arbitrariedades e privilégios, que se centre unicamente na busca da realização dos direitos fundamentais e de uma organização social justa.

O estímulo ao desenvolvimento de um direito coerente, em cujo sistema a Suprema Corte possa desempenhar a sua função de dar sentido à lei e garantir a unidade do direito, depende da força das suas decisões. A imparcialidade projeta-se sobre a ordem jurídica, fazendo-a coerente, e impõe aos juízes o imprescindível respeito à autoridade dos precedentes da Corte Suprema.

Além disso, quando a força dos precedentes se impõe, os juízes e órgãos colegiados que decidem casos iguais ou similares de modo divergente são vistos como parciais e têm dificuldade de escapar da crítica dos seus colegas, de outros órgãos colegiados ou tribunais e mesmo dos advogados e da doutrina. O juiz sujeito a um precedente, por estar submetido à norma judicial universalizante, não pode tomar em conta fatores pessoais ou tentar favorecer determinada parte a partir de aspectos secundários. Como escreve Neil Duxbury, “o juiz que tenta ‘distinguir’ casos com base em fatos materialmente irrelevantes está propenso a ser facilmente descoberto. Advogados e outros juízes que têm razões para controlar sua atividade provavelmente não terão dificuldade em evidenciar a sua atitude como de alguém descuidado ou desonesto, e, então, sua reputação será desgastada e a sua decisão questionada”³⁵.

³⁵ DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*, cit., p. 114.

Ademais, a própria justificativa do precedente, por ter que tomar em conta aspectos objetivos em relação aos quais a solução judicial sempre tenha validade, inibe o juiz de decidir a partir de critérios parciais ou pessoais, isto é, que decorram de uma visão subjetiva e particular do caso concreto ou digam respeito às partes envolvidas no litígio.

3.3. A coerência do direito

A ideia de coerência do direito deve se relacionada com o desenvolvimento da função jurisdicional. Como o Judiciário não mais se limita a dizer o direito escrito pelo legislativo, pois hoje é visto como seu colaborador para que o Estado possa se desincumbir do seu dever de outorgar à sociedade um direito capaz de atender às necessidades sociais carentes de tutela, não basta mais apenas olhar para a *compatibilidade* da lei em face da ordem jurídica.

Lembre-se que o dispositivo, enquanto texto legal, não pode ser mais do que um, e, assim, tem uma relação de *compatibilidade* com o restante da ordem jurídica, ao passo que o mesmo dispositivo, enquanto interpretação judicial, pode ser vários, embora apenas a interpretação da Suprema Corte deva ser observada para se garantir a *coerência* do direito produzido pelo Judiciário e, assim, a coerência da ordem jurídica ou do direito em seu aspecto integral. Como as decisões podem dar significados diversos a um mesmo texto legal, o problema do Judiciário é de coerência e não de compatibilidade.

Como não há dúvida que o significado do direito depende do Judiciário, é evidentemente impossível admitir uma pluralidade de sentidos a um texto legal ou uma variedade de formas para concretizar um mesmo texto de caráter aberto. Se o direito é “produzido” pelo Judiciário, é inadmissível e ilógico supor que cada juiz ou tribunal possa produzir o seu próprio direito, sem qualquer compromisso com a coerência da ordem jurídica. Essa é frutificada nas decisões do Judiciário, de modo que uma multiplicidade de decisões para casos ou questões similares não tem como não causar desordem.

A despreocupação com a coerência do direito dos tribunais é consequência da suposição de que os tribunais, inclusive os de v rtice, estão limitados a procurar a interpretação que revela o sentido da lei. Se as decisões discutem apenas sobre a exata interpretação da lei, não pode existir incoerência entre o direito produzido pelo Judiciário, mas apenas equívoco na aplicação da lei. Ora, se a norma jurídica está implícita na lei e é preexistente à interpretação, não há incoerência entre as decisões dos tribunais, mas inadequada aplicação da norma do legislador. Daí porque não se dispensa atenção à incoerência das decisões judiciais. Há somente preocupação com a corre o das decisões que equivocadamente aplicam a lei.

Alguém poderia dizer que decisões várias para um mesmo caso não significa desordem, mas o reflexo de uma natural diversidade de opiniões. É certo que essa péssima praxe se solidificou por muito tempo em nosso direito, mas não há como deixar de ver, se se pretende analisar a situação do Judiciário de modo crítico, que isso atenta contra a igualdade, a imparcialidade e a segurança jurídica. Não há como admitir decisões diferentes para casos iguais, a menos que se imagine que os juízes e tribunais não fazem parte de um só sistema e Poder. Contudo, compreendendo-se que os juízes e tribunais são organismos que servem a um Poder e ao sistema de distribuição de justiça, pouco importam as suas “opiniões”; eles estão subordinados ao sistema e ao Poder a que servem e, portanto, não podem afrontar as decisões das Cortes Supremas. Trata-se de enfatizar o aspecto *institucional* das decisões judiciais, deixando-se de lado o equívoco de que elas representam a liberdade de o juiz julgar, que estaria submetida apenas à lei. Aliás, exatamente porque a lei é equívoca é que o juiz está submetido à norma jurídica que dela a Corte Suprema extrai ao interpretar.

A coerência entre as decisões judiciais não só é fundamental à afirmação, à autoridade e à credibilidade do Poder Judiciário, como é imprescindível ao Estado de Direito. Nos Estados contemporâneos, em que a adequada distribuição de justiça exige muitos juízes e diversos tribunais, é necessário que os casos, após a manifestação das Cortes Supremas, sejam solucionados mediante a mesma regra ou interpretação, sob pena de não se viver num Estado de Direito mas sim num Estado de múltiplas e incoerentes opiniões de quem se arroga no poder de afirmar o direito³⁶.

3.4. A segurança jurídica

A Constituição Federal brasileira se refere à segurança jurídica no *caput* do art. 5º, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade. Esse artigo possui vários dispositivos que a tutelam, como os incisos II (princípio da legalidade), XXXVI (inviolabilidade do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito), XXXIX (princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal) e XL (irretroatividade da lei penal desfavorável)³⁷. A segurança jurídica é vista como subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito.

³⁶ Earl Maltz, em ensaio publicado na *North Carolina Law Review*, lembra que um dos valores mais importantes do sistema político americano é o de que os princípios que orientam a sociedade devem constituir “regras de Direito” e não simples “opiniões” de homens que, temporariamente, ocupam relevantes cargos no Poder (MALTZ, Earl. The nature of precedent, *North Carolina Law Review*, v. 66, jan. 1988, p. 371). Segundo MacCormick, num Estado moderno, com muitos juízes e muitas Cortes e uma hierarquia estruturada de recursos, as mesmas regras e soluções devem orientar a decisão independentemente do juiz do caso. Fidelidade ao Estado de Direito requer que se evite qualquer variação frívola no padrão decisório de um juiz ou Corte para outro (MacCormick Neil. *Rethoric and the rule of law*, Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 178).

³⁷ Ávila, Humberto. *Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011.

Expressa-se em termos de estabilidade e continuidade da ordem jurídica³⁸ e de previsibilidade acerca das consequências jurídicas das condutas praticadas no convívio social³⁹.

A estabilidade não se separa do direito produzido pelo Judiciário. A variação frívola do que o Judiciário diz acerca de um texto legal contradiz a segurança jurídica. Aliás, quando se pensa nessa dimensão não há como deixar de considerar a questão dos efeitos no tempo da decisão que revoga precedente ou jurisprudência consolidada, ponto que inevitavelmente terá que ser enfrentado pela Suprema Corte.

O cidadão, para poder se desenvolver, tem que conhecer as consequências jurídicas das suas ações e dos comportamentos daqueles com quem convive. Essa previsibilidade pressupõe univocidade de qualificação das situações jurídicas⁴⁰. Se essa qualificação depende das decisões judiciais⁴¹ - que, em princípio, podem ser várias - , a sua univocidade está nas mãos das Cortes Supremas, cuja função é atribuir sentido ao Direito, garantindo-lhe a devida estabilidade. Nesse sentido se pode falar em “ética do legalismo”, nos termos de MacCormick⁴², uma vez que a previsibilidade das decisões, vista como legalismo, constitui valor moral imprescindível

³⁸ CAMINKER, Evan H. Why must inferior courts obey superior court precedents? *Stanford Law Review*, Stanford, vol. 46, abr. 1994.

³⁹ V. Marinoni, Luiz Guilherme, *Precedentes Obrigatórios*, 3a. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012, p. 120 e ss.

⁴⁰ “Ad esempio colui che, trovandosi nelle condizioni previste dall’ordinamento, compia regolarmente la serie di atti che la legge prescrive per la conclusione del negozio di compravendita in qualità di acquirente, può prevedere, in un ordinamento datato di effettività, che verrà riconosciuto come proprietario della merce, e che in caso di contestazione tale qualità gli verrà riconosciuta in giudizio: l’univocità della qualificazione giuridica della sua situazione, come si vede, è strettamente connessa con la prevedibilità delle reazioni del venditore, dei terzi e dell’eventuale giudice nei confronti del suo comportamento a proposito, per esempio, del pagamento. Pertanto la previdibilità, unitamente alla qualificazione univoca delle situazioni, finisce per essere premessa indispensabile perché si determini e sussista nella comunità il sentimento di sicurezza circa la soddisfazione effettiva della fondamentale esigenza di giustizia, ossia che il diritto prevalga sul torto. Quale sicurezza potrebbe sussistere, infatti, se fosse incerta la qualificazione delle situazioni in cui tali criteri dovrebbero operare, o se fossero imprevedibili le conseguenze giuridiche di un’azione?” (Corsale, Massimo. *Certeza del diritto e crisi di legittimità*. Milano: Giuffrè, 1979. p. 32-33).

⁴¹ Como diz Corsale, para que se possa realizar a certeza da ação através do Direito, o que conta, em última análise, não é tanto a fórmula escrita no código, a norma abstrata, mas a dita norma individual, a concretização da regra no caso específico. (Corsale, Massimo, *Certeza del diritto e crisi di legittimità*, cit., p. 34).

⁴² MACCORMICK, Neil. The ethics of legalism, *Ratio Juris*, 1989, 2, p. 184-193 e ss. “De acordo com a ‘ética do legalismo’, há valores morais e sociais específicos que dependem da manutenção e suporte de uma ordem normativa institucional, para o bem da paz e previsibilidade entre os seres humanos, e como condição (mas não garantia) para manter-se a justiça entre eles” (MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of Law*, cit., p. 6).

para o homem, de forma livre e autônoma, desenvolver-se num Estado de Direito.⁴³

Contudo, se a previsibilidade pressupõe univocidade, ela igualmente depende da efetividade do sistema jurídico enquanto capacidade de garantila⁴⁴. Trata-se de constatar que um ordenamento incapaz de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas, e de gerar, assim, um sentido de segurança nos cidadãos, não merece sequer a qualificação de jurídico.⁴⁵

⁴³ “No que tange ao Estado de Direito, as pessoas podem ter, antecipadamente, razoável certeza a respeito das regras e padrões segundo os quais sua conduta será julgada, e sobre os requisitos que elas devem satisfazer para dar validade jurídica às suas transações. Elas podem ter razoável segurança em suas expectativas acerca das condutas das demais pessoas e, em particular, acerca daquelas que detêm posições de governo em relação ao Direito. Elas podem desafiar ações governamentais que afetem seus interesses exigindo bases jurídicas claras para a ação oficial, ou pleiteando a nulidade de atos praticados em desacordo com o Direito por meio do controle desses atos por um Judiciário independente” (MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of law*, cit., p. 18).

⁴⁴ É lugar comum, na literatura inglesa e estadunidense, a ideia de que a previsibilidade constitui razão para seguir precedentes. Lembre-se que Hale disse que o *stare decisis* tinha como objetivo satisfazer a exigência de certeza formal. Mais do que isso, o célebre artigo de Arthur Goodhart, de 1934 (Precedent in English and Continental Law, *Law Quarterly Review*, v. 50, 1934) sustentou que a certeza jurídica seria a mais importante causa para a instituição do *stare decisis* ou para o estabelecimento de um sistema de precedentes vinculantes. V. Theodore M. Benditt, *The rule of precedent*. In *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1987, p. 89 e ss.

⁴⁵ Corsale, Massimo, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, cit., p. 40.