

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	17
------------------	----

### PARTE I

#### O CONTROLE DA LEGALIDADE NA TRADIÇÃO DO *CIVIL LAW*

1. A TUTELA DA LEI IDEALIZADA PELA REVOLUÇÃO FRANCESA .....	25
1.1 Os valores da Revolução Francesa .....	25
1.2 O <i>Conseil des parties</i> na história do Tribunal de Cassação .....	28
1.3 O lugar do princípio da separação dos poderes .....	29
1.4 A proibição de o juiz interpretar a lei.....	30
2. O PRIMEIRO MODELO DE TRIBUNAL DE CASSAÇÃO .....	34
2.1 Meios de tutela da lei diante do poder judicial .....	34
2.2 Pressupostos do Tribunal de Cassação.....	36
2.3 O conceito de “ <i>contravention expresse au texte de la loi</i> ” .....	38
2.4 A não vinculação do Judiciário pelo Tribunal de Cassação: ob- da liberdade de o juiz julgar e da submissão do juiz à lei ? .....	39
2.5 O primeiro modelo de Tribunal de Cassação não tinha preocu- pação de garantir a uniformidade da interpretação da lei .....	41
3. A TRANSFORMAÇÃO DO TRIBUNAL DE CASSAÇÃO.....	43
3.1 O resgate do poder judicial de interpretar a lei e a atenuação da rivalidade entre o Legislativo e o Judiciário .....	43
3.2 O abandono do conceito de “ <i>contravention expresse au texte de la loi</i> ” e a incorporação das ideias de “ <i>fausse interprétation</i> ” e de “ <i>fausse application de la loi</i> ” .....	44
3.3 O novo conteúdo da decisão cassacional .....	46

3.4	A influência da decisão de cassação sobre o juízo de reenvio ....	47
3.5	A autoridade da decisão cassacional .....	48
3.6	A Corte de Cassação passa a definir todas as questões de direito...	50
3.7	A Corte que deve zelar pela uniformidade da interpretação da lei.....	51
4.	PROJEÇÕES DA HISTÓRIA DA CASSAÇÃO SOBRE A REALIDADE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA .....	53
4.1	O desenho de Calamandrei: análise crítica .....	53
4.2	Do conceito de “ <i>contravention expresse au texte de la loi</i> ” à ideia de declaração do “sentido exato da lei”. A uniformidade da interpretação como meio de controle da legalidade .....	66
4.3	Uma associação entre a história do temor de órgãos judiciais dotados de poder e a falta de autoridade das decisões das Cortes Supremas de <i>civil law</i> .....	68

## PARTE II

### O STJ ENQUANTO CORTE SUPREMA

1.	O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO DA LEI .....	79
1.1	Primeiras considerações .....	79
1.2	Teorias formalistas.....	80
1.3	Teorias cétricas.....	82
1.4	Teorias intermediárias .....	83
1.5	A teoria da resposta correta.....	86
1.6	Texto e significado.....	90
1.7	As regras de conteúdo aberto .....	94
1.8	A interpretação de acordo com a Constituição .....	97
1.9	A racionalidade da decisão interpretativa. O papel da argumentação .....	99
1.10	A universalidade da decisão como garantia da sua racionalidade.....	106
1.11	O STJ diante da questão da interpretação da lei.....	109
1.12	Da Corte que define a exata interpretação da lei para a Corte que atribui sentido ao direito. Da <i>interpretação uniforme</i> como meio de controle à <i>autoridade</i> do direito como <i>tutela da igualdade</i> . Da Corte que controla à Corte que interpreta.....	113

2. OBSTÁCULOS À CONFIGURAÇÃO DO STJ COMO CORTE SUPREMA .....	119
2.1 O STJ de acordo com a Constituição Federal.....	119
2.2 O requisito da “contrariedade à lei” .....	120
2.3 O uso equivocado da técnica da divergência.....	122
2.4 A suposição de que o Superior Tribunal de Justiça é uma mera Corte de Controle.....	124
2.5 A ideia de que os juízes, por serem livres para decidir, não podem ser obrigados perante as decisões do Superior Tribunal de Justiça.....	126
2.6 O argumento de que o juiz é sujeito apenas à lei.....	132
2.7 O princípio da separação dos poderes.....	133
3. A FUNÇÃO DE DESENVOLVIMENTO DO DIREITO .....	136
3.1 A velha dicotomia público-privado .....	136
3.2 Da correção da aplicação da lei à função de atribuição de sentido e de desenvolvimento do direito .....	137
3.3 A função de colaboração com o Legislativo .....	142
3.4 A imprescindibilidade de superar a relação “corrigir a decisão – definir o sentido do direito” .....	145
3.5 A necessidade de instituição de um filtro recursal ou de uma modalidade de “repercussão geral” .....	146
4. A AUTORIDADE DOS PRECEDENTES .....	154
4.1 A questão a ser considerada .....	154
4.2 Os precedentes na ordem jurídica vinculante .....	154
4.3 A decisão interpretativa do STJ como “reconstrução” que regula a vida social e guia a resolução dos casos conflituos: a eficácia obrigatória do precedente como consequência.....	155
4.4 A posição de vértice do STJ.....	159
4.5 A função constitucional do STJ.....	159
5. FUNDAMENTOS DOS PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS .....	162
5.1 Primeiras considerações .....	162
5.2 A realização da igualdade .....	162
5.3 A imparcialidade.....	165
5.4 A coerência do direito .....	166

5.5 A segurança jurídica.....	168
-------------------------------	-----

### PARTE III

#### LEITURA DO SISTEMA PROCESSUAL À LUZ DA FUNÇÃO CONTEMPORÂNEA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL ...	173
1.1 Explicação prévia .....	173
1.2 Recurso em face de decisão que contraria precedente .....	174
1.3 Decisão que se baseia em precedente desgastado.....	175
1.4 Precedente cuja questão de direito é objeto de nova concepção “geral” .....	178
1.5 O problema do precedente equivocado.....	179
1.6 Decisão que se baseia em precedente não aplicável ao caso.....	179
1.7 Recurso especial em face de decisão que diverge de decisão de tribunal de apelação .....	180
1.8 Recurso especial que trata de questão federal ainda não versa- da no STJ ou que ainda não abriu oportunidade a decisões di- vergentes.....	182
2. O INTERESSE PÚBLICO NA DEFINIÇÃO DO SENTIDO DO DIREI- TO FEDERAL EM FACE DO INTERESSE DOS PRIVADOS E DE DE- TERMINADOS REQUISITOS DO RECURSO ESPECIAL.....	185
2.1 Primeiras considerações .....	185
2.2 A questão da desistência do recurso. O caso exemplar do REsp 1.308.830/RS .....	185
2.3 Atenuação do requisito do prequestionamento.....	188
2.4 As formalidades recursais diante da função de desenvolvimento do direito .....	189
3. PAUTAS PARA A IDENTIFICAÇÃO DE UM PRECEDENTE OU, MAIS PRECISAMENTE, DAS “RAZÕES DETERMINANTES” DA DECISÃO .....	191
3.1 A questão.....	191
3.2 “Razões determinantes” e “razões outras” ( <i>ratio decidendi e         obiter dictum</i> ).....	192

3.3	A delimitação dos fatos, fundamentos de direito, diretivas de interpretação e opções valorativas que dão conteúdo ao precedente.....	197
3.4	Os fatos do precedente .....	199
3.5	As teses jurídicas .....	200
3.6	As diretivas de interpretação e opções valorativas .....	202
3.7	A importância da exata consideração dos votos na formação do precedente .....	206
4.	EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA.....	211
4.1	Os embargos de divergência na lógica da função de correção das decisões dos tribunais ordinários .....	211
4.2	Os embargos de divergência na lógica de uma Corte de Precedentes .....	213
4.3	A divergência entre as teses jurídicas e a semelhança entre os contextos .....	216
4.3.1	A divergência entre as teses jurídicas .....	216
4.3.2	A semelhança entre os contextos fáticos .....	218
4.3.3	A discussão da tese jurídica no recurso especial .....	220
4.3.4	Rejeição da divergência na decisão de não admissibilidade do recurso especial.....	220
4.3.5	A discussão da tese jurídica no agravo regimental .....	221
4.3.6	Divergência entre teses de não admissibilidade do recurso especial .....	221
4.4	Ônus de confrontação das teses jurídicas.....	222
4.5	A discussão da divergência no colegiado .....	223
5.	RECURSO REPETITIVO.....	226
5.1	Primeiras observações .....	226
5.2	Função e fundamento do recurso repetitivo .....	227
5.3	Adequada compreensão da questão de direito .....	229
5.4	<i>Amicus curiae</i> .....	229
5.5	Suspensão dos demais recursos especiais.....	234
5.6	Suspensão da “execução provisória” .....	235
5.7	Suspensão do julgamento de recursos de apelação .....	236
5.8	Suspensão da execução de sentenças transitadas em julgado ..	237

5.9	Julgamento do repetitivo e inadmissibilidade dos recursos especiais.....	237
5.10	Julgamento do repetitivo e retratação do tribunal ordinário....	238
5.11	Insubordinação do tribunal ordinário .....	238
5.12	Definição do repetitivo e sorte dos demais recursos especiais no STJ .....	238
6.	RECLAMAÇÃO .....	240
6.1	Considerações iniciais .....	240
6.2	A reclamação em face de uma Corte Suprema .....	241
6.3	Pressuposto da reclamação.....	242
6.4	Reclamação para inibir a execução de acórdão divergente de precedente .....	243
6.5	Reclamação diante de não retratação em face de precedente firmado em recurso repetitivo .....	244
6.6	Reclamação diante da negação de suspensão dos recursos especiais e das execuções provisórias.....	245
7.	A AÇÃO RESCISÓRIA EM CASO DE DECISÃO QUE VIOLA “LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI” .....	246
7.1	O problema.....	246
7.2	Da inexistência de correspondência biunívoca entre disposição de lei e interpretação judicial .....	247
7.3	O auxílio da teoria da “interpretação conforme”: a preservação do texto legal mediante a declaração de invalidade da interpretação ou da norma.....	250
7.4	Crítica ao conceito teórico da rescindibilidade da decisão judicial que viola disposição de lei .....	252
7.5	A função contemporânea do STJ e a rescindibilidade da decisão judicial que viola norma judicial .....	253
7.6	Ação rescisória fundada em precedente posterior à formação da coisa julgada? .....	255
8.	A QUESTÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA REVOGAÇÃO DE PRECEDENTE .....	260
8.1	Primeiras considerações .....	260
8.2	A limitação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade ...	261

8.3	A possibilidade de modulação dos efeitos retroativos da revogação de precedente está implícita no poder das Cortes Supremas....	263
8.4	Critérios para a modulação dos efeitos temporais .....	266
8.5	Técnicas de regulação dos efeitos temporais.....	268
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	271
	OUTRAS OBRAS DO AUTOR.....	283





## INTRODUÇÃO

No ano de 2008, quando estive como *Visiting Scholar* na *Columbia University*, deparei-me com o tema dos precedentes, quando passei a investigar as teorias relacionadas ao assunto e os modelos técnicos inerentes a sua aplicação. Percebi que o sistema de precedentes, além de não ser um atributo próprio do *common law* – como falsamente se propaga –, é indispensável a todo sistema jurídico realmente empenhado em tutelar – e não apenas em proclamar – a igualdade e a segurança jurídica.

Em 2010, publiquei o livro que escrevi sobre o tema.<sup>1</sup> A partir daí, surgindo os debates em torno do projeto de Código de Processo Civil, passou-se a falar na necessidade de valorização da jurisprudência dos tribunais. Fiquei preocupado quando constatei que se estava a associar jurisprudência com precedente e, especialmente, quando se pretendeu outorgar *status* similar, em termos de força obrigatória, às decisões dos tribunais de apelação e às decisões das Supremas Cortes. Foi quando notei que não se vislumbrava o significado de “precedente interpretativo” e isso ocorria sobretudo porque o Superior Tribunal de Justiça ainda não era visto como uma verdadeira Corte de Interpretação, mas como um Tribunal voltado a controlar as decisões dos Tribunais de Justiça e Regionais Federais. Ora, conceber o Superior Tribunal de Justiça como Corte de controle não permite identificar as suas funções e, por consequência, impede que se fale de precedentes interpretativos obrigatórios.

Foi então surpreendente ver que, de certa forma, os Tribunais Supremos de *civil law* – Cortes de Revisão e Cortes de Cassação – ainda estão presos ao formalismo interpretativo e que, por isso, não se consegue perceber que as suas funções vão muito além a de uma Corte de tutela do legislador. As Cortes de controle sucumbem quando se admite que a interpretação jamais terá capacidade de revelar o “sentido exato da lei”, mas apenas de atribuir-lhe significado legitimado por uma justificativa apropriada. É nesse instante que os Tribunais Superiores corporificam a essência de Corte de Interpre-

---

1. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Ed. RT, 2010, cuja 3.<sup>a</sup> edição foi publicada nesse ano de 2013.

tação, a quem cabe atribuir *sentido* ao direito mediante razões idôneas, desenvolvendo-o de acordo com a evolução da sociedade.

A distinção teórica entre texto e norma, bem como o desenvolvimento da teoria da argumentação, evidenciaram que as Cortes Supremas têm uma responsabilidade particular diante da tarefa que a jurisdição assumiu no Estado Constitucional. Se é inquestionável a possibilidade de extrair – mediante a interpretação – mais de uma norma jurídica de um texto legal e se é certo que a jurisdição tem a função de *colaborar* com o legislativo para a frutificação de um direito adequado à regulação da vida social, o Superior Tribunal de Justiça, ao *definir* o *sentido* do direito federal infraconstitucional, objetiva garantir a *igualdade* de todos perante o *direito* e não simplesmente estabelecer um parâmetro para o controle da *legalidade* das decisões.

A decisão interpretativa é autônoma em face da lei, representando claramente a participação do Judiciário na formulação do direito. As decisões do Superior Tribunal de Justiça conseqüentemente inserem-se na ordem jurídica, constituindo o direito que regula a vida em sociedade e pauta os julgados dos juízes e tribunais. Ao se compreender que a lei nada mais é do que o germe que dá origem ao direito delineado pela Corte Suprema, não há porque insistir na frase de que os juízes devem respeito apenas ao legislador.

Os acórdãos do Superior Tribunal de Justiça são precedentes obrigatórios por exprimirem o significado da lei e, nessa dimensão, inserirem-se na ordem jurídica vinculante. Isso obviamente não precisa ser dito pela legislação. Decorre da Constituição Federal, precisamente da organização do sistema judicial e das funções entregues ao Superior Tribunal de Justiça.

O que realmente importa é delinear uma dogmática capaz de dar conta da missão que o Superior Tribunal de Justiça tem o dever de cumprir no Estado contemporâneo. Como a igualdade perante o direito é, antes de tudo, igualdade perante o direito definido pelas Cortes Supremas, o mais importante e elementar dos direitos estará comprometido caso não haja elaboração teórica capaz de evidenciar a impossibilidade de se julgar casos iguais ou similares à distância do precedente que estabelece o significado do direito que deve regular o caso. Também não há previsibilidade e coerência da ordem jurídica quando não se tem claro e definido que o precedente que atribui sentido a uma lei regula todos os casos que dependem da sua aplicação. O Estado de Direito está sob ameaça quando há uma pluralidade de direitos regulando casos iguais e quando os órgãos incumbidos de resolver os litígios pensam poder regulá-los a partir das suas convicções pessoais, sem perceber que fazem parte de um sistema em que as Cortes Supremas têm exclusividade para definir o sentido do direito.

Portanto, pensar numa teoria dos precedentes é considerar as funções das Cortes Supremas. É por isso que, após ter escrito *Precedentes Obrigatórios*, resolvi tratar do Superior Tribunal de Justiça enquanto Corte de Precedentes. Se é certo que o Superior Tribunal de Justiça tem a função de dar unidade ao direito federal infraconstitucional, é também verdade que essa função, para ser desempenhada, além de depender de uma adequada análise do significado de precedente e das técnicas que lhe dão operatividade,<sup>2</sup>

2. Em atenção a isso, elaborei a seguinte proposta ao projeto de Código de Processo Civil:

“Proposta de regulamentação da eficácia obrigatória dos precedentes

*Seção XX – Da eficácia vinculante dos fundamentos determinantes da decisão*

Art. 1.º Os fundamentos essenciais e determinantes da decisão vinculam o Tribunal que a proferiu, assim como os juízos a ele adstritos, em todos os casos que lhes forem submetidos.

Art. 2.º Têm eficácia vinculante as decisões:

I – do Supremo Tribunal Federal, em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade;

II – do Superior Tribunal de Justiça, que firmarem entendimento acerca da interpretação da lei federal;

III – dos Tribunais de Justiça e Regionais Federais que, em incidente de inconstitucionalidade ou em incidente de uniformização de jurisprudência, pronunciarem-se sobre questão de constitucionalidade ou definirem questão jurídica.

Art. 3.º Não têm eficácia vinculante:

I – os fundamentos, ainda que presentes no acórdão, que não forem imprescindíveis para se chegar ao resultado fixado em seu dispositivo;

II – os fundamentos, ainda que relevantes e contidos no acórdão, que não tiverem sido adotados ou referendados pela maioria dos membros do órgão julgador.

Art. 4.º Possuem eficácia vinculante os fundamentos determinantes da decisão, tomada no curso de julgamento de órgão colegiado, desde que adotados ou referendados pela maioria dos seus membros.

Art. 5.º Os precedentes dotados de eficácia vinculante podem não ser adotados quando o Tribunal ou juízo distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, mediante argumentação racional e justificativa convincente, tratar-se de caso particularizado por situação fática distinta ou questão jurídica não tratada no precedente, a impor outra solução jurídica.

Art. 6.º Diante de circunstâncias especiais, devidamente demonstradas e justificadas, o Tribunal poderá revogar os seus precedentes.

Parágrafo único. Deixam de ser aplicáveis, independentemente de revogação, os precedentes que se tornarem incompatíveis com decisões de Tribunais Superiores.

exige uma recompreensão dos institutos processuais que fazem parte do dia a dia da Corte Suprema.

O presente livro se inicia mediante a abordagem da Corte de Cassação Francesa, tal como pensada pelos revolucionários de 1789. Esclarece-se que a Corte de Cassação, idealizada como órgão autônomo para dar tutela ao legislador em face do judiciário, logo se transforma em “Corte do Judiciário”, para o que foi importante o abandono do conceito de *contravention expresse au texte de la loi* e a incorporação dos de *fausse interprétation* e de *fausse application de la loi*.

Muito embora a evolução da natureza da Corte de Cassação, Calamandrei, em seu monumental trabalho sobre o tema,<sup>3</sup> não teve condições de ultrapassar a ideia de que a Corte se destina a declarar o *exato sentido da lei* e, a partir daí, a garantir a uniformidade da sua interpretação mediante o controle da legalidade das decisões judiciais. Calamandrei estava submetido aos valores culturais e políticos do seu tempo, tendo não só concluído que a decisão cassacional é a que, oficialmente, revela o sentido *exato da lei*, como também que o regime de precedentes seria algo típico de um sistema em que o “juiz cria o direito” e a sua evolução é obstaculizada diante da impossibilidade da revogação do precedente.

Melhor explicando, Calamandrei não tinha à sua vista a elaboração da dissociação entre texto legal e norma jurídica nem a relação que a partir daí se estabeleceu entre interpretação e argumentação, a deixar fora de dúvida que a jurisdição, ao invés de revelar a norma contida na lei, atribui significado ao texto da lei com base em valorações que devem ser racionalmente justificadas. Isso para não falar da ambiguidade da ideia de “criação judicial do direito” e da circunstância de que, se na época de Calamandrei

---

Art. 7.º O Tribunal, ao revogar precedente com eficácia vinculante, deverá definir os efeitos da decisão, podendo limitar sua retroatividade ou dar-lhe efeitos prospectivos, considerando o grau de confiança depositado no precedente e a importância de se aplicar imediatamente a decisão para o tratamento isonômico dos jurisdicionados.

Art. 8.º Em caso de não observância de decisão com eficácia vinculante, cabe reclamação ao Tribunal que a proferiu.

§ 1.º O relator, ao admitir a reclamação, pode determinar a suspensão do processo da decisão reclamada.

§ 2.º A decisão de procedência da reclamação cassará a decisão reclamada, determinando a prolação de nova decisão em observância à decisão vinculante.”

3. CALAMANDREI, Piero. *La cassazione civile*. Milano: Fratelli Bocca, 1920.

a *House of Lords* não podia revogar os seus precedentes, isso hoje é bastante comum nos Estados Unidos e possível na Inglaterra desde o célebre *practice statement* da *House*, de 1966.

É por isso que se entendeu relevante discorrer sobre a evolução da teoria da interpretação para se chegar no ponto em que foi possível concluir que o judiciário não apenas deixou de se submeter ao legislativo, mas assumiu a função de com ele *colaborar* para a instituição do direito, tendo nessa dimensão as Supremas Cortes a função de atribuir *sentido* ao direito, incorporando as suas decisões na ordem jurídica. Os precedentes são teorizados como consequência disso, demonstrando-se a sua peculiar e natural autoridade e a sua imprescindibilidade à tutela da igualdade, da imparcialidade, da coerência do direito e da segurança jurídica.

Uma vez sedimentadas as noções que conferem ao Superior Tribunal de Justiça natureza de Corte de Precedentes, são analisados os temas e institutos que lhe são corriqueiros, porém a partir de um novo ângulo visual, marcado pela transformação da função da Corte. São abordados os requisitos constitucionais do recurso especial, o impacto da nova função da Corte sobre o recurso especial, os critérios para a identificação de um precedente, os embargos de divergência como meio de desenvolvimento do direito no âmbito interno do Tribunal, o recurso repetitivo, a reclamação, a ação rescisória com base em violação da interpretação definida pela Corte e a questão dos efeitos temporais da revogação de precedente.

Atualmente, pouca coisa poderia ser mais importante do que a discussão da função contemporânea do Superior Tribunal de Justiça e do modo como o processo deve atuar para que ele possa se desincumbir da sua missão. O livro não trata de regras processuais – muito menos daquelas que estão no Código de Processo Civil de 1973 –, mas discute os fundamentos teóricos para a aplicação dos instrumentos processuais do Superior Tribunal de Justiça, apostando no seu presente e futuro enquanto Corte Suprema de Precedentes.