

FUNÇÃO DAS CORTES SUPREMAS E O PAPEL DO PRECEDENTE: UM PARALELO ENTRE AS FUNÇÕES PÚBLICA E PRIVADA

Paula Pessoa Pereira

1. Colocação do problema

Aos juízes compete a função de reconciliar os valores e objetivos do Estado de Direito como ideal da nossa moralidade política e jurídica com a sua dimensão procedimental, que se desenvolve por meio do direito de acesso aos tribunais e do direito ao devido processo, bem como com o caráter argumentativo e interpretativo que é inerente à natureza do direito.

Ao processo de aplicação do direito pelos juízes, portanto, se entrega a dupla tarefa de resolver a disputa jurídica concreta e a de atribuir o significado às normas jurídicas, definindo os direitos e deveres dos cidadãos, como forma de completar as lacunas deixadas no ordenamento jurídico, enriquecendo o seu estoque normativo¹.

1 A expressão enriquecimento do estoque legal é tomada da classificação atribuída por Eisenberg quanto às funções sociais que as cortes desempenham,

As decisões judiciais, nessa perspectiva, assumem a genuína função de servirem como elementos de prescrição normativa na ordem jurídica, como resposta à dinâmica que o ordenamento exige, na medida em que o legislativo não consegue dar conta da demanda por regulação dos fatos sociais de forma adequada e satisfatória, na velocidade em que a sociedade se desenvolve.

Desse modo, podemos declarar que “la dinámica del ordenamiento jurídico es

.....
 quais sejam, “*resolution disputes*” e “*enrichment of the supply of legal rules*”. EISENBERG, Melvin. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998. p. 4-5. Nesse sentido, a tese de Daniel Mitidiero, que defende, na literatura jurídica processual brasileira, que o processo civil no Estado Constitucional deve ser compreendido como um meio para a tutela efetiva tempestiva e adequada dos direitos, finalidade que exige que o processo sirva a um duplo discurso, tanto na dimensão particular, mediante a prolação de uma decisão justa, quanto na dimensão geral, mediante a formação de precedentes voltados para a unidade do Direito. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 13-32, especificamente.

.....
 Paula Pessoa Pereira

Doutoranda em Direito (UFPR). Mestre em Direito das Relações Sociais - Universidade Federal do Paraná (2013). Especialização em Direito Processual Civil pela Universidade Federal da Bahia (2009). Graduação em Direito pela Faculdade Ruy Barbosa (2007). Membro da Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional. Membro da Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Membro do Instituto de Processo Comparado. Desenvolve pesquisas no Núcleo de Direito Processual Civil Comparado, vinculado à Pós-graduação em Direito da UFPR. Servidora do TRT 9ª Região.

producida, en ultima instancia, por los juristas prácticos. Desde este punto de vista, el ‘creador’ más importante del sistema es - además del legislador – el juez, especialmente los jueces de la Corte Suprema”.² Este fato revela a cumplicidade e responsabilidade que deve haver entre os poderes legislativo e judiciário na atividade de produção das normas jurídicas³.

A função normativa que recai sobre as decisões judiciais exige o estudo de uma teoria adequada da justificação, porquanto é “na condição de justificativas para decisões que os votos de juízes são normativos, e apenas normativos eles podem guiar a interpretação”⁴. Daí porque o processo de tomada de decisão judicial deve ser orientado pelos mesmos valores que densificam o princípio do Estado de Direito, em especial aqueles concernentes à produção das normas jurídicas.

Nesse desiderato, defendemos que o universalismo representa a teoria mais adequada para uma conta da justificação da decisão judicial em conformidade com os princípios da igualdade, imparcialidade e racionalidade⁵. Justificação esta que se restringe

à etapa do raciocínio judicial sobre a deliberação do alcance e interpretação das normas jurídicas, na medida em que no juízo sobre a deliberação dos fatos prevalece a justificação particularista.

A manifestação do critério da universalidade traduz a exigência prática da realização da justiça formal (tratar os casos semelhantes de forma igual), bem como de imprimir à argumentação jurídica o elemento da racionalidade, evitando a tomada de decisões judiciais arbitrárias e parciais.

A universalidade, ao impor sobre todo juiz ou corte o dever de seguir seus próprios precedentes, pressupõe que uma resposta certa existe para cada juiz ou tribunal individualmente, mesmo que não possamos dizer que uma resposta certa exista no direito ou mesmo que possa ser encontrada⁶.

Na verdade, o critério da universalidade é justamente a afirmação de que uma resposta certa não existe, na medida em que serve como critério de racionalidade e de justiça formal na justificação da escolha que o juiz faz

.....
São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

6 Sobre a discussão da ideia da resposta correta na interpretação jurídico-dogmática ver, por todos, AARNIO. *Op. cit.*, p. 209-236. Robert Alexy, quanto ao problema da impossibilidade de se justificar a tese da única resposta correta para cada questão prática, afirma que: “não significa que o conceito de correção tenha um caráter absoluto sob todos os pontos de vista. Só possui caráter absoluto enquanto ideia reguladora. Como ideia reguladora, o conceito de correção não pressupõe que exista para cada resposta prática uma resposta correta que deve ser descoberta. Uma única resposta é a finalidade a que se deve aspirar. Os participantes em um discurso prático, independente de haver uma única resposta correta, devem formular a pretensão de que sua resposta é a única correta. Caso contrário, seriam sem sentido suas afirmações e justificações”. ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 308.

2 AARNIO, Aulis. Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica. Tradução de Ernersto Garzón Valdez. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1991. p. 183.

3 Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. STJ enquanto corte de precedentes. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. p. 136-146; MITIDIERO. *Corte superiores e cortes supremas*. p. 87-88.

4 MACCORMICK. *Retórica e estado de direito*. Uma teoria da argumentação jurídica. Tradução de Conrado Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. São Paulo: Martins Fontes, p. 192.

5 Sobre as razões pela quais entendemos que o universalismo apresenta a teoria da justificação mais adequada aos valores tutelados pelo Estado de Direito, ver, amplamente, PEREIRA, Paula Pessoa. Legitimidade dos precedentes: a universalidade das decisões do STJ.

entre respostas jurídicas igualmente válidas na resolução dos casos difíceis.

Como afirma Marina Gascón, a garantia da racionalidade, por meio de uma resposta certa assegurada institucionalmente, deve-se justamente ao fato de o domínio natural das regras ser constituído pela discricionariedade jurídica⁷.

A ideia da resposta certa, portanto, assume o caráter de um objetivo a ser perseguido por todo raciocínio jurídico que pretenda ser correto e justo, notadamente na sua dimensão formal. Entretanto, a busca por este objetivo no plano individual se, por um lado, assegura a justificação da decisão tomada pelo juiz ou corte, por outro, acarreta o problema da convivência com distintas razões justificadoras universalizáveis.

Ora, por certo que o Estado de Direito não pode conviver com razões normativas universalizáveis distintas que resolvam um mesmo problema jurídico de interpretação, classificação ou relevância. Isso porque a exigência da universalidade se fundamenta exatamente na necessidade de tratamento uniforme aos casos concretos semelhantes como medida de realização do princípio da justiça e da generalidade das normas jurídicas.

7 Em suas palavras: “But the requirement of universalizability is particularly evident when judges have a discretionarily; that is, when no conclusive or peremptory rules exist when solving a specific case; or which is the same, when all of the material available cannot offer the desired right answer (...); It is due to the fact that the natural domain of the rules is that of legal discretionarily, the rules becomes meaningless where institutionally one right answer is guaranteed.” GASCON, Marina. Rationality and (self) precedent: brief considerations concerning the grounding and implications of the rule of self precedent. *Archiv für rechts-und sozialphilosophie*, ARSP. Beiheft, n. 133, 2012. p. 35-50. p. 39.

Como, porém, coordenar e unificar as razões universalizáveis, como meio de se obter uma resposta uniforme sobre o alcance e interpretação da norma jurídica? A resposta a este problema pode ser viabilizada pela regra da distribuição do poder jurisdicional, ou seja, através da organização hierárquica da jurisdição.

Como uma resposta certa não existe e uma ordem jurídica não pode conviver com distintas soluções sobre a interpretação de um mesmo texto normativo, aquela deve ser garantida institucionalmente pelo tribunal de maior hierarquia na organização judiciária. E assim deve ser, porque ao tribunal de vértice é dado o poder e dever de unificar a jurisprudência e devolver ao Estado de Direito a definição da norma jurídica contestada, contribuindo com o desenvolvimento do direito.

Nesse sentido, MacCormick argumenta que o fato de não conseguirmos determinar, por meio de uma argumentação jurídica racional e razoável (haja vista que a coerência e consistência possuem um papel limitado na interpretação), a solução correta ou definitiva sobre os problemas mais controversos no direito, não deixa outra opção senão aceitar a força de uma opinião investida de autoridade.⁸ “Isso não significa dizer, contudo, que tal opinião é, para todos os fins, autocertificadora e racionalmente incorrigível”.⁹

Motivo pelo qual se faz necessário e inadiável o trabalho de investigação sobre como as cortes supremas estão decidindo, sobre a qualidade da argumentação jurídica desenvolvida e como as razões usadas como

8 MACCORMICK. *Retórica e estado de direito*. Op. cit., p. 360-361.

9 Idem, p. 361.

justificação são coerentes e consistentes com o sistema jurídico como um todo¹⁰.

E este argumento a partir da autoridade, concretizado na estrutura hierárquica do Poder Judiciário, é precisamente instituído através dos mecanismos legais desenhados com o objetivo de levar as decisões ao tribunal superior, a fim de unificar a jurisprudência.

A instituição de um precedente vertical, que obriga a sua aplicação pelos juízes de instância inferior, poderia então contradizer a exigência do critério da universalidade na justificação de suas decisões, uma vez que o raciocínio jurídico já seria constrangido por precedentes do tribunal superior, fato que limitaria a atuação discricionária por parte deles.

Entretanto, essa objeção é incorreta, pois a obrigação do juiz é decidir de acordo com o direito, e se este já foi definido pelos tribunais superiores, cabe àquele seguir os precedentes; apenas nas hipóteses em que resta um espaço de discricionariedade na resolução do problema jurídico é que será exigida a prática de uma justificação universalizável. Veremos melhor este ponto adiante.

Por outro lado, como fica evidente, a corte suprema tem de cumprir a exigência da

10 Aqui interessante fazer uma nota quanto a observação feita por Andrés de la Oliva, o qual afirma, na mesma linha de raciocínio adotada por Michele Taruffo, que a convergência entre os sistemas jurídicos de *civil law* e *common law*, consistente, fundamentalmente, no uso obrigatório dos precedentes obrigatórios, apenas se sustenta e vale na medida em que “es un precedente dotado de autoridade intrínseca, basada na calidad del análisis y en la racionalidade y buen sentido de la justicia y de la equidad que se aprecia en la respuesta judicial al problema jurídico de que se trate”. SANTOS, Andrés de la Oliva. Un modelo de casación civil eficaz para el tribunal supremo de España. In: **Anuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi**. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 249-280. p. 273.

universalidade na justificação de suas decisões judiciais, a fim de garantir que, ao definir a “resposta certa” que irá vincular os demais tribunais e juízes, está agindo de forma racional e igualitária. Ora, um tribunal superior que não respeita seus próprios precedentes, além de agir incorretamente, mina a legitimidade de suas razões normativas.¹¹

Em resumo: os tribunais de instância superior, pela sua posição de vértice no ordenamento jurídico, devem agir como verdadeiros reguladores judiciários da uniformidade da interpretação jurisdicional, na medida em que sua colocação no vértice do sistema judiciário implica o poder-dever de controle da atividade interpretativa dos juízes inferiores¹².

11 GASCÓN. *Rationality and (self) precedente*. *Op. cit.*, p. 39.

12 Ideia similar é apresentada por Elisabetta Silvestri, com fundamento nos ensinamentos de Piero Calamandrei, para reconstruir o significado da função pública da corte suprema como reguladora judiciária da uniformidade da interpretação jurisprudencial. De acordo com a professora italiana: “Alla corte, isomma, spetta il monopolio di enunciare la única interpretazione ufficialmente conforme alla legge, interpretazione che appare nello Stato come la única interpretazione della legge, di fronte alla quale tutte le interpretazioni giuridiche da essa discordanti sono dichiarate false ed illegali. (...) Si potrebbe parlare di funzione pubblica della corte suprema solo a condizione che il suo operato e, più precisamente, il controllo che essa esercita sulle decisioni dei giudici inferiori, siano diretti a realizzare innanzi tutto il valore della certezza uniforme dell’interpretazione della legge”. Corti supreme europee: acceso, filtri e selezione. In: *Le Corti Supreme: atti del convegno svoltosi a Perugia il 5-6 maggio 2000*. Centro Studi Giuridici e Politici della Regione Umbria. Centro Internazionale Magistrati “Luigi Severini”. Milão: Giuffrè, 2001. p. 110. De outro lado, Michele Taruffo afirma que a função de uniformidade da jurisprudência aparece de forma evidente na maior parte das modernas cortes supremas europeias, ou seja, tais cortes se transformaram, ou estão nessa direção, em verdadeiras cortes de precedentes, porquanto sua principal função consiste no estabelecimento de precedentes, por meio da definição da interpretação

2. Função das cortes supremas: finalidade pública e/ou privada? (*Ius constitutions x ius litigatoris*)

Temos, agora, como centro de nossa atenção e discussão uma instituição específica, qual seja: as cortes de vértice do sistema jurídico, mais comumente denominadas “Cortes Supremas”. A fim de averiguar qual a função que essas devem assumir num Estado de Direito, cujo espaço do julgamento tem como valores a tutela da igualdade, imparcialidade e previsibilidade, e como objetivo a coordenação uniforme das razões universalizáveis dos juízes de instância inferiores, analisaremos os tipos de funções que se pode atribuir a uma Corte Suprema.

Por certo, não nos cabe, neste espaço, traçar um quadro analítico sobre os principais modelos de Cortes Supremas (*cassation, appeal* e *revisão*)¹³, por fugir dos nossos objetivos e por ser uma premissa prescindível para compreender as principais funções que tais cortes exercem, haja vista que, na realidade, a função que cada corte desempenha concretamente no sistema jurídico em que está inserida depende dos

contornos da sua estrutura e modelo¹⁴.

Michele Taruffo identifica como traço comum nas funções que as diversas Cortes Supremas desenvolvem nos ordenamentos jurídicos contemporâneos a tutela e promoção da legalidade, não obstante as inúmeras diferenças que se fazem presentes, de modo que esses são os dois principais objetivos que o autor busca definir¹⁵.

De acordo com Taruffo o termo “legalidade” é determinado em uma dupla direção. Por um lado, no contexto da função desenvolvida pelos órgãos jurisdicionais, legalidade pode ser entendida como a “correta aplicação do direito”, concentrando-se a atenção na finalidade aplicativa da interpretação do direito, mais do que na finalidade interpretativa propriamente dita¹⁶.

De outro lado, a atividade objetivada com a correta aplicação do direito pode ser desempenhada de modos diversos, o que conduz a pelo menos três conceitos principais de “legalidade”, que orientam de forma diversa as funções exercidas pelas Cortes Supremas¹⁷.

Definido o significado do termo legalidade, podemos analisar o que Taruffo quer dizer com as funções de tutela e de promoção.

.....

correta da lei, que foram formuladas nas referidas decisões, como modo de servirem como referência para as decisões sucessivas nos casos iguais ou semelhantes. Una riforma della Cassazione civile? *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. n. 3. p. 761. set. 2006.

13 Para um quadro comparativo sobre os três principais modelos de Cortes Supremas: cassação, de origem francesa e amplamente recepcionado pelo direito italiano; *appeal*, originada dos países de *common law*, notadamente na Inglaterra e atualmente exercida nos países escandinavos, e de revisão, de origem alemã, ver, por todos, JOLOWICZ, John Anthony. The role of the supreme court at the national and international level, a general report. In: YESSIOU-FALTSI (ed). *The role of the supreme courts at the national and international level*. Thessaloniki: Sakkoulas, 1998. p. 50-56.

.....

14 SILVESTRI, Elisabetta. *Op. cit.*, p. 105. Para um estudo analítico sobre as funções que as cortes que ocupam o vértice da organização judiciária, ver a proposta de Daniel Mitidiero, que apresenta dois modelos de cortes: Cortes Superiores e Cortes Supremas, a partir da definição dos pressupostos teóricos que cada uma assume quanto ao espaço da interpretação judicial. *Corte superiores e cortes supremas... cit.*

15 TARUFFO, Michele. Le funzioni delle corti supreme: cenni generali. In: *Anuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 14.

16 Idem, p. 15.

17 Idem.

Propõe Taruffo que a tutela da legalidade diz respeito à chamada função *reativa* da corte, a qual se explica nas hipóteses em que uma violação do direito é verificada e a intervenção da corte serve para dar uma resposta concreta à violação, com sua eliminação ou com a neutralização de seus efeitos¹⁸.

A tutela da promoção da legalidade, por sua vez, diz respeito a uma função *proativa* da corte, porque se dá quando a decisão da corte tem por finalidade conseguir um efeito futuro, seja o de prevenir uma violação futura da legalidade, seja o de favorecer a evolução e transformação do direito¹⁹.

Dentre os significados atribuídos ao termo “legalidade”, um particularmente importante é aquele que conduz ao controle da legitimidade da decisão no caso concreto. Este controle, que equivale a função de tutela da legalidade, significa que a função da corte consiste essencialmente em verificar se a lei foi corretamente aplicada no juízo de mérito. Esse fato configura particular relevo à função reativa da corte, na medida em que o fundamento para o acesso a corte consiste na alegação de uma violação da lei. A este propósito, podemos falar, portanto, de uma função privada²⁰.

18 Idem, p. 14.

19 Idem.

20 De acordo com Taruffo, a função reativa da corte é importante na caracterização da natureza do órgão das cortes de cassação do tipo franco-italiano e espanhol, mas não é exclusiva destas cortes. Também as cortes que se definem como de “terceira instância” (porque decidem definitivamente o mérito da controvérsia), como a corte de *Revision* alemã, têm uma função reativa de controle da legitimidade. Elas, de regra, não podem valorar novamente a prova, mas veem se o juiz inferior aplicou corretamente a lei (e, em caso negativo, pronunciam uma decisão de mérito que substitui a decisão viciada). Entre os modelos de cassação e revisão há substanciais

A tipologia “função privada” foi elaborada por John Anthony Jolowicz, no relatório geral apresentado no Colóquio da Associação Internacional de Direito Processual que teve por objeto discutir o papel das Cortes Supremas no nível nacional e internacional. O professor de Cambridge, ao analisar o papel das Cortes Supremas nos mais diversos países da Europa continental, formulou uma distinção entre os dois tipos principais de objetivos que são exercidos por essas, quais sejam, finalidade pública e finalidade privada²¹.

Para Jolowicz, inúmeros objetivos servem à finalidade pública de uma Corte Suprema, todavia, o objetivo mais relevante e que por si só caracteriza a função pública consiste na estabilidade, uniformização e desenvolvimento do direito²².

.....
diferenças (sobretudo historicamente, dado que às vezes as diferenças se reduzem, como ocorre na Itália – art. 384 do CPC italiano), mas em ambos os modelos as cortes têm por função verificar se a lei foi corretamente aplicada na decisão do caso concreto que lhe é submetida a exame. Le funzioni delle corti supreme. *Op. cit.*, p. 17.

21 TARUFFO. *Idem*. p. 39-42. Essa classificação das finalidades prevalentes na função das Cortes Supremas já havia sido objeto de discussão pelo mesmo autor, quando da fez um estudo comparado sobre as características entre os recursos que dão acesso as cortes de cassação que caracterizam o modelo franco-italiano, a corte mexicana, por meio do amparo e as cortes do *common law*, por meio do *appel*. Appeal, cassation, amparo and all that: what and why? In: *Estudios en homenaje al doctor Hector Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de ciencias jurídicas*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1988. p. 2045-2047, t. III. No mesmo sentido, considerando a distinção entre a finalidade pública e privada como instrumento teórico para a elaboração da função e objetivo das Cortes Supremas, KERAMEUS, Konstantinos. Corti supreme a confronto: stato delle cose e linee evolutive. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile*. anno LIII. p. 145-146. 1999.

22 JOLOWICZ, The role of the supreme court. *Op. cit.*, p. 39.

Por outro lado, a finalidade privada de uma corte se satisfaz na resolução de disputas jurídicas concretas. E, quanto ao ponto, o autor ressalta uma diferença pertinente: o interesse dos litigantes que se configura no direito de recorrer às cortes de hierarquia superior, não serve apenas a fins egoísticos e individuais desses, mas também ao interesse de obter uma resposta jurisdicional de acordo com o direito²³. O que não significa afirmar que a resolução da disputa jurídica dá-se em nome da paz social, como uma garantia estatal oferecida em contrapartida a autotutela²⁴.

No mesmo sentido da formulação feita por John Jolowicz, se insere a tipologia feita por Elisabetta Silvestri, que classifica as funções que se podem atribuir a uma Corte Suprema em pública e privada, sendo que nesta o papel que a corte exerce é de o último garantidor da justiça e correção da decisão no caso concreto, ao passo que naquela o papel é o de defensor por excelência de um interesse superior, ou seja, o de garantir a unidade do direito positivo e a realização do princípio da igualdade na aplicação da norma jurídica²⁵.

A função reativa da corte, tal como

apontada por Taruffo, é importante na caracterização da natureza do órgão das cortes de cassação do tipo franco-italiano e espanhol, mas não é exclusiva destas cortes. Também as cortes que se definem como de “terceira instância” (porque decidem definitivamente o mérito da controvérsia), como a *Revisionsgericht* alemã, têm uma função reativa de controle da legitimidade. Essas, de regra, não podem valorar novamente a prova, mas verificam se o juiz inferior aplicou corretamente a lei (e, em caso negativo, pronunciam uma decisão de mérito que substitui a decisão viciada). Entre os modelos de cassação e revisão há substanciais diferenças (sobretudo históricas, dado que às vezes as diferenças se reduzem, como ocorre na Itália – art. 384 do CPC italiano), mas em ambos os modelos as cortes têm por função verificar se a lei foi corretamente aplicada na decisão do caso concreto que lhe é submetida a exame²⁶.

Essa função também é desenvolvida pelas cortes do sistema da *common law*: as Suprema Cortes dos Estados Unidos e da Inglaterra decidem o caso concreto verificando se o direito (*statute* ou precedente) foi ou não corretamente aplicado pela corte inferior prolatora da decisão impugnada. Desse modo, fica visível o desempenho de uma função reativa de verificação da legitimidade da decisão²⁷.

Todavia, o exercício da função privada e reativa não impede que a pública e *proativa* seja também desenvolvida pela mesma corte na mesma decisão. Em verdade, ambas funções aparecem como as faces de uma mesma

23 *Idem*. p. 41.

24 *Idem*. Jolowicz reconhece que a original finalidade da resolução de uma disputa é prover um estado de paz social na comunidade, como resposta à proibição do exercício da autotutela. Nesse sentido, o direito de ação, tal como Eduardo Couture designou, é uma autêntica substituição civilizada ao ato de vingança pelas próprias mãos, de forma que essa finalidade é mais pública, por ser objetivo do Estado promover a paz, do que privada. Como argumenta o autor: “It follows that it must Always be a purpose and a public purpose of nay court, but specially of a Supreme Court, to maintain public confidence in the system; if such confidence is lacking, the peace-keeping purpose itself wiil fail”. *Idem*. p. 40-41.

25 SILVESTRI, Elisabetta. *Op. cit.*, p. 106.

26 TARUFFO. Le funzioni delle corti supreme. *Op. cit.*, 16.

27 *Idem*, p. 17.

moeda.²⁸ Nada obstante, Taruffo entende que essas distinções (funções pública e privada, *reativa* e *proativa*) permanecem válidas sob o aspecto analítico, na medida em que evidenciam aspectos diferentes do fenômeno, bem como porque nem sempre as duas funções são desenvolvidas juntas. Em outras palavras, pode existir uma decisão reativa sem observar o futuro, bem como uma decisão proativa independente de violação de direito. Além do mais, as duas funções podem ser exercidas em intensidades diferentes²⁹.

No caso da Corte de Cassação italiana, por exemplo, o controle da legitimidade da decisão no caso singular se afigura como essencial, porquanto é a última instância de justiça do caso concreto. Orientação que é enfatizada tanto pela atual redação do art. 111.7 da Constituição italiana, quanto pela interpretação que a Corte, desde 1953, deu ao recurso de cassação³⁰.

28 JOLOWICZ. The role of the supreme court. *Op. cit.*, p. 59-60.

29 *Idem*, p. 17.

30 *Idem*, p.18. Essa visão da tutela do *ius litigatoris*, ou seja, de tutela da legalidade, como precípua da Corte de Cassação italiana é objeto de severas críticas pela doutrina italiana, em razão da crise que ocorre nessa, devido ao elevado número de recursos e ao tratamento desigual na tutela da interpretação da norma jurídica. De acordo com Proto Pisani, o art. 111, 7, da Constituição italiana, segundo o qual “è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge”, não obstante garanta o direito de todo cidadão de recorrer à Corte de Cassação italiana contra a sentença ou outros provimentos decisórios, por motivo de violação de norma de direito, trata, antes de tudo, de um valor, e como todo valor constitucional deve ser ponderado com outros valores constitucionais, em especial os valores da duração razoável do processo e da igualdade perante as decisões. Desse modo, a ponderação entre tais valores constitucionais, impõe, com urgência, a reestruturação do sistema de impugnação civil, com a introdução de um filtro de acesso à Corte, a fim de que essa assumira a função pública de tratamento uniforme da jurisprudência. PISANI, Andrea Proto. Principio d’egualianza e ricorso per

Entretanto, esse modelo concreto da legitimidade das decisões judiciais passa a ser apenas um papel secundário das Cortes Supremas quando o acesso a estas deixa de ser generalizado, ou seja, deixa de ser um direito subjetivo para qualquer parte em qualquer processo. É o que ocorre quando a interposição do recurso tem sua admissibilidade condicionada à autorização da corte *a quo* ou da própria corte suprema. Nesse caso, o interesse subjetivo do recorrente não é decisivo, motivo pelo qual para se ter acesso à Corte faz-se necessária a presença de um interesse “maior”, ou seja, um interesse que seja configurado como um direito de fundamental importância, que esteja além da aplicação do direito no caso concreto (como ocorre na Corte Suprema inglesa e no *Revisiongericht* alemão e austríaco)³¹.

.....
cassazione. *Revista de Processo*. vol. 191. p. 205-208. jan. 2011. Cf., também, PISANI, Andrea Proto. Crisi della Cassazione: la (no più rinviabile) necessità di una scelta. *Revista de Processo*. vol. 157. p. 260-266. mar. 2008. Na mesma linha de argumentação, ver CAPONI, Remo. *La modifica dell’art. 360, 1 comma, n. 5 c.p.c.* Disponível em: [www.academia.edu]. Sobre o problema da reforma da cassação, ver, por todos, TARUFFO. Una riforma della cassazione civile. *Op. cit.*, p. 755-785.

31 TARUFFO. Le funzione delle corti supreme. *Op. cit.*, p. 20. Com relação ao acesso a Corte Suprema alemã, o art. 543, 2, da ZPO (código de processo civil alemão), alterado pela reforma ocorrida em 27.07.2001, previu um filtro de admissibilidade, segundo o qual o recurso a Corte Suprema apenas é autorizado quando a questão trata de direito de fundamental importância ou quando a evolução do direito a tutela da uniformidade da jurisprudência requer uma decisão. De acordo com esta definição legislativa, não resta dúvida quanto à opção do direito alemão em tutelar a função do *ius constitutions*. Opção esta que foi confirmada pela Corte Constitucional alemã, que no julgamento da legitimidade de referido artigo (sentença de 08.01.2004, BvR 864-03), entendeu que a Constituição não impõe a previsão de um mecanismo que garanta o acesso ilimitado à impugnação, deixando o legislador infraconstitucional livre para disciplinar sobre o sistema de filtro recursal. Le corti supreme in Europa: le regole per l’accesso. Ufficio del

Nesse último modelo, a Corte Suprema – admitindo o recurso – verifica se o direito foi corretamente aplicado no caso concreto, mas essa não é mais a única e exclusiva função desempenhada pela Corte ao apreciar o recurso. Seu interesse, na verdade, está em definir uma orientação uniforme sobre a interpretação da norma jurídica para ser aplicada nos casos futuros iguais ou semelhantes³².

A função da promoção da legalidade, tal como definido por Taruffo, é, talvez, a principal função das modernas Cortes Supremas e é tipicamente *proativa*, na medida em que fundamentalmente o que justifica a apreciação do recurso são fatores orientados essencialmente ao futuro. Este tipo de decisão é capaz de orientar decisões futuras em questões jurídicas de relevância além da individual, nisto se verificando uma função “pública” desempenhada pelas cortes³³.

Ideia similar é sustentada por Ovídio Baptista. Segundo ele, “a moderna função dos tribunais supremos deve ser a de um instrumento voltado para o futuro, que visa à unidade do Direito, não à uniformidade da jurisprudência dos tribunais ordinários, não a de fiscal do passado”³⁴.

.....
Massimario della Corte Suprema di Cassazione. p. 9-10. Disponível em: [www.cortedicassazione.it/Documenti/Relazione%20Corti%20Supreme_08.pdf].

32 TARUFFO. Le funzione delle corti supremi. *Op. cit.*, p. 20.

33 *Idem*, p. 32.

34 A função dos tribunais superiores. p. 8-9. Disponível em: [baptistadasilva.com]. Em crítica à função exclusivamente reativa e privada exercida pelas cortes superiores brasileiras, Ovídio afirma que “nossas Cortes Supremas, quando julgam recursos extraordinários estão preocupados com o caso, nunca com a ‘unidade do ordenamento jurídico’, ou com a defesa da lei em ‘tese’. Nossos tribunais aplicam o que defensores das cortes de

Todavia, a promoção da função pública da corte suprema não significa dizer que a tutela do interesse da parte (o chamado *ius litigatoris*) é de menor importância, porque a aplicação correta do direito na resolução da disputa jurídica concreta sempre deve ser assegurada, uma vez que o Estado é obrigado a dar uma resposta jurisdicional adequada e efetiva aos problemas jurídicos.

A função pública e proativa fica evidenciada, portanto, quando: a) o acesso à corte suprema é subordinado a uma seleção dos casos³⁵; b) a atividade da corte é orientada principalmente a produzir e administrar precedentes.

Nessa perspectiva, como adverte Jolowicz, o problema que afeta as condições de trabalho das Cortes Supremas é o pequeno número de casos nos quais há genuíno interesse público em detrimento de um grande número de casos concretos que demandam a correção da decisão por violação à lei, fato que inevitavelmente

.....
cassação condenavam, a lei *in hypotesis*, a lei do caso concreto, não a lei *in thesis*” (grifos no original). *Idem*, p. 10.

Como exemplo de parcela da doutrina processual brasileira que defendia a função reativa da Corte, podemos apontar Enrico Liebmann, que, embora reconhecesse a força criativa da jurisprudência, entendia que a principal distinção entre a legislação e jurisdição residiria na qualidade do objeto a respeito do qual são chamados a se pronunciarem: “problemas abstratos para o legislador; problemas concretos para o juiz, com a natural consequência de que o ato legislativo resolve e é eficaz para uma série de casos futuros, enquanto o ato jurisdicional põe fim a uma controvérsia e é eficaz só em relação a esta (...) Assim é para os países de *Civil Law* e para nosso ordenamento”. A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei. *Revista de Processo*. vol. 43. p. 59. jul.-set. 1986.

35 Para uma ampla e criteriosa pesquisa de direito comparado sobre a regra de acesso às Cortes Supremas europeias, ver o relatório feito pelo Ofício do Massimario da Corte de Cassação italiana, citado na nota n. 29.

sacrifica o papel proativo da Corte³⁶.

Em resumo: da análise da experiência do direito comparado, podemos afirmar que duas são as principais funções que podem ser atribuídas a uma Corte Suprema: uma pública, consistente na tutela da uniformidade da jurisprudência, por meio da criação dos precedentes (justiça formal), e na promoção do desenvolvimento do direito; outra privada, configurada na tutela da correção da decisão do caso concreto, por meio da realização da justiça substantiva. A tendência que podemos verificar nos últimos anos, a qual parece colocar-se em nível geral, revela que a função tradicional reativa de tutela da legalidade no caso concreto cede espaço para o desempenho da função proativa na evolução do direito, de modo que, com poucas exceções, a finalidade pública e prospectiva está se revelando a função de maior importância, caracterizando-se como o aspecto decisivo (e às vezes o único) da maior parte das cortes supremas³⁷.

36 JOLOWICZ. The role of the supreme court. *Op. cit.*, p. 60.

37 Para uma visão geral sobre o papel assumido pelas Cortes Supremas no direito comparado atual, ver: OTEIZA, Eduardo. A função das cortes supremas na América Latina. História, paradigmas, modelos, contradições e perspectivas. *Revista de Processo*. ano 35. vol. 187. p. 181-230. set. 2010; CADIET, Lôic. Le juge de cassation en europe. *Revista de Processo*. ano 37. vol. 209. p. 403-430. jul. 2012. STÜRNER, Rolf. The new role of supreme courts in a political and institutional context from the German point of view. In: *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 335-358; LINDBLOM, Henrik. The role of the Supreme Courts in Scandinavia. *Scandinavian Studies in Law*. n. 39. p. 337-349. 2000. Este artigo é uma versão atualizada do relatório regional apresentado no Colóquio internacional, da Associação Internacional de Direito Processual, ocorrido em Thessaloniki no ano de 1997, sobre o papel das Cortes Supremas, o mesmo que originou o relatório geral de Jolowicz. Na perspectiva, do direito supranacional, ver

3. Convivência entre as funções privada e pública

Retomamos aqui, a fim de deixar as ideias sustentadas bem delimitadas, as reflexões precedentes, embora por outra forma e outros argumentos.

Como visto no capítulo anterior, é certo que toda disputa jurídica surge a partir de um problema que ocorreu no caso concreto e, por isso mesmo, a função de resolução de disputas é imprescindível na atuação jurisdicional. Desse modo, o desempenho da função privada é ínsito ao exercício da função jurisdicional.

Por outro lado, o exercício da função pública, ou seja, a dimensão de criação de normas jurídicas, também é exercido pela Corte Suprema quando resolve uma disputa jurídica particular, porque para tanto deve explicar o significado atribuído às normas em litígio, a aplicação e as consequências jurídicas decorrentes, mesmo que não exista norma previamente estabelecida. Isso porque aos órgãos jurisdicionais é imposto dever de decidir, mesmo nas hipóteses de omissão legislativa, contexto em que deve recorrer à analogia, costumes e princípios gerais de direito.

A Corte Suprema, portanto, sempre exercerá tanto a função pública quanto a privada, uma vez que ambas estão presentes na função elementar de um tribunal, qual seja, a de resolver disputas jurídicas.

O problema, então, para se definir o papel

TROCKER, Nicolò. L'Europa delle Corti sovranazionali: una storia di judicial activism tra tutela dei singoli ed integrazione degli ordinamenti giuridici. In: *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 91-128.

de uma Corte Suprema e, por conseguinte, seu perfil de acordo com o desenho (estrutural e valorativo) dado pela ordem jurídica, é transferido para o campo de como a disputa jurídica concreta é resolvida. Em outras palavras, como o processo de tomada de decisão é desenvolvido no cumprimento da finalidade pública de produção de normas jurídicas.

Quanto ao ponto, valemo-nos da explicação de Melvin Eisenberg. Para o autor, dois modelos são possíveis no papel do tribunal de estabelecimento de normas jurídicas. No primeiro, chamado de *by-product model*, as proposições normativas são criadas de forma incidental e instrumental, revelam-se um subproduto da resolução do litígio concreto. A justificação na formulação de tais proposições dá-se apenas na medida do necessário para a resolução da disputa, não lhe interessando seu efeito futuro. O segundo modelo, designado como *enrichment model*, por seu turno, trata o estabelecimento de normas jurídicas como objetivo principal, assumindo o tribunal a posição de um regulador das condutas sociais; ou seja, não obstante o tribunal desenvolva o direito, por meio da resolução de casos concretos, assim o faz de acordo com a criação de uma norma geral que atenda ao papel de referência futura³⁸.

Nessa perspectiva, Eisenberg destaca que a tomada de posição por um dos modelos pelos tribunais se afigura imprescindível, na medida em que reflete diretamente a forma como as decisões são formuladas e publicadas, e principalmente, nas expectativas dos cidadãos³⁹.

Bem vistas, as coisas, os modelos propostos por Eisenberg seguem a mesma linha de raciocínio e de objetivos dos modelos de justificação das decisões propostos pelo universalismo e particularismo, tal como aqui analisado, com a diferença de que o *subproduct model*, não obstante seja voltado para a resolução do conflito particular, se fundamenta e justifica em normas, e tem consciência do resultado, ainda que instrumental, da criação destas.

A criação de normas jurídicas na abordagem do *subproduct model* dá-se de forma secundária. O seu objetivo principal é a revisão das decisões e a realização da justiça no caso concreto, fato que marginaliza os demais objetivos de cunho nitidamente público, como o de unificação da jurisprudência e definição dos direitos, servindo, pois, aos propósitos de tribunal de revisão de terceira instância.

Todavia, tais fins não justificam a criação e manutenção de uma Corte Suprema que deve assumir uma postura inversa: a de definir a “resposta certa” no sistema jurídico, isto é, o alcance e a interpretação da norma jurídica, por meio da criação do precedente. Daí porque podemos afirmar que o *enrichment model* é o modelo que está em conformidade com a exigência do princípio da universalidade e comprometido com os valores do Estado de Direito⁴⁰.

38 *Op. cit.*, p. 5-7.

39 *Idem.*

40 Nesse sentido, o argumento de Eisenberg: “The function of resolving disputes faces toward the parties and the past. The function of enriching the supply of legal rules faces toward the general society and the future. As I will show, a major objective of the institutional principles of common law adjudication is to reconcile the tensions that may arise out of the difference in orientation between these two functions.” *Op. cit.*, p. 7.

Cumpra-se, entretanto, para a importância que o caso concreto assume para o cumprimento da finalidade pública. Todo precedente é criado a partir de um conjunto determinado de fatos e argumentos discutidos. A razão universalizável justificadora da decisão é tomada a partir de um espaço de julgamento factível, no qual tanto os fatos quanto os argumentos jurídicos são definidos como forma de facilitar e tornar claro o elemento normativo vinculante para as decisões futuras, de um lado, e, de outro, para possibilitar o desenvolvimento do próprio precedente, seja através da criação de novos universais, seja com seu próprio agigantamento⁴¹.

E isso se torna relevante para o adequado exercício da finalidade pública pela Corte Suprema, na medida em que o caso concreto é que dará o “tom” para a percepção de quais problemas normativos já foram ou não resolvidos pela Corte.

Posto isso, esclarecemos o problema de como a finalidade pública é realizada no raciocínio jurídico tomado pelas cortes Supremas. Como argumenta Taruffo, o modo de desempenho da função de criação e evolução

do direito pelas Cortes Supremas tem apoio na eficácia de precedente esperada de suas decisões, porquanto é esta que projeta para o futuro o que a Corte afirma. Igualmente, projeta-se para o futuro e se realiza através de precedentes a função de unificação da jurisprudência⁴².

A projeção para o futuro esperada pelo precedente e o tratamento igualitário entre os casos, por meio da unificação da jurisprudência, apenas pode ser conseguida com uma conta universal da justificação da decisão judicial, teoria esta que nada mais é do que uma exigência teórica e prática de qualquer Estado que pretenda ser de Direito.

Aqui, uma ressalva há de ser feita. A projeção esperada do precedente para o futuro, a função *proativa*, tal como denominada por Taruffo, não representa um abandono das decisões passadas, e da função *reativa*. A coerção da justiça formal implica um dever de mão dupla, ou seja: o dever que o juiz tem de tratar casos semelhantes de modo semelhante implica o dever de decidir o caso de hoje com fundamentos que esteja disposto a adotar para

41 Michele Taruffo, com fundamento na teoria da razão normativa universalizável proposta por MacCormick, destaca a importância que o caso particular adquire para a formação do precedente, na medida em que este é circunscrito a uma *fattispecie* específica. Segundo o Professor de Pavia: “Esso attiene alla circostanza che poiché il precedente è sempre una decisione relativa ad un caso particolare, occorre che il significato della regola giuridica usata come criterio di decisione venga ‘concretizzato’ per riferirlo alla soluzione del caso particolare: il precedente no se comprende se l’interpretazione della norma che in esso è stata applicata non viene con essa direttamente con la fattispecie concreta che è stata decisa”. TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. anno 61. n. 3. p. 796. 2007.

42 TARUFFO. Precedente e giurisprudenza cit., p. 25-26. “Va inoltre considerato che la nomofilachia che si realizza per mezzo delle precedente è evidentemente rivolta verso il futuro: vero è, infatti, che la decisione che stabilisce il precedente risolve un caso passato, mas si tratta di una decisione che si rivolge verso il futuro perché si propone come un modelo per decisioni successive”. TARUFFO. Una riforma della cassazione civile... cit., p. 763. No mesmo sentido, TARUFFO, Michele. Le corti supreme europee: acceso, filtri e selezione. *Le Corti Supreme: atti del convegno svoltosi a Perugia il 5-6 maggio 2000*. Centro Studi Giuridici e Politici della Regione Umbria. Centro Internazionale Magistrati “Luigi Severini”. Milão: Giuffrè, 2001. p. 95-104. Nesse último artigo, Taruffo, para justificar a função pública das Cortes Supremas, por meio da criação de precedentes, se vale da teoria geral da interpretação proposta por MacCormick sobre o critério da universalidade.

as decisões futuras, na mesma medida em que implica o dever de levar em consideração decisões anteriores tomadas no passado⁴³.

Nesse sentido, MacCormick afirma que “as duas implicações são implicações de adesão ao princípio da justiça formal; e quem quer que concorde quanto ao dever dos juízes de acatar o princípio da justiça formal está comprometido com essas duas implicações”⁴⁴.

Desse modo, as Cortes Supremas só conseguirão atingir sua finalidade pública de criação de uma jurisprudência uniforme e prospectiva se os efeitos de suas decisões obrigarem o processo de tomada de decisão para além do caso concreto e para os juízes subsequentes, sejam estes de igual hierarquia, sejam de jurisdição inferior (a estes com mais razão).

4. Função prospectiva e o juiz subsequente: conformidade com a exigência do Estado de Direito

A razão normativa universalizável deve servir de critério na justificativa das escolhas interpretativas abertas ao juiz na resolução de casos concretos. Desse modo, compete à Corte Suprema definir qual a razão justificadora universal deve prevalecer como correta, sendo, portanto, responsável pela constituição do

43 MACCORMICK. *Argumentação e teoria do direito*. Tradução de Waldéia Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 95.

44 *Idem*, p. 96. “Por banal que seja o fato de que as exigências da justiça formal estabelecem no mínimo uma razão presumível para a observância dos precedentes, não é menos verdadeiro, embora seja observado com menor frequência, que essas exigências impõem sobre a decisão de disputas levadas a juízo, coerções tanto voltadas para o futuro como para o passado”. *Idem*.

precedente que servirá de referência para os casos futuros. Nesta perspectiva, questão que assume importante relevo é do comportamento do juiz subsequente (ou sucessivo), que é quem determina como as decisões passadas devem ser aplicadas aos casos presentes.

Jeremy Waldron coloca a questão da seguinte forma: quando um caso concreto semelhante ao decidido pelo tribunal superior chega às mãos de um juiz subsequente (seja este de primeiro grau ou mesmo um tribunal de instância inferior), qual o comportamento que este deve adotar? Deve tratar o caso da mesma forma como fez o juiz antecessor – ou seja, pelo fato do direito existente não regular direta ou explicitamente o problema jurídico, o enfrentou com a criação de uma proposição normativa universalizável – ou, então, deve tomar o caso como um problema que já possui uma regra aplicável no sistema, devendo identificá-la e articulá-la na sua resolução? Como o juiz subsequente deve considerar a norma universal?

Como demonstrado, o juiz sucessivo frente a um precedente formado pelo tribunal superior ou do qual ele faça parte, deve, como ato de sua responsabilidade, tratá-lo como expressão de uma norma positiva, e não como um referencial no mundo⁴⁵. Esse comportamento é o que o Estado de Direito exige: o respeito pelo precedente como genuína norma jurídica do sistema. O que revela o porquê o critério da universalidade no precedente deve ser levado a sério pelos diversos juízes e juízos

45 WALDRON, Jeremy. **Stare decisis and the Rule of Law: a layered approach**. NYU School of Law, Public Law Research Paper n. 11-75. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1942557>. p. 25.

subsequentes⁴⁶.

De acordo com Waldron, o critério da universalidade (ou generalidade como denomina), ao exigir que juízes trabalhem em conjunto na tarefa da definição das normas jurídicas, como integrantes de um corpo coerente (não como a soma de vontades individuais), assume função elementar para a construção do Estado de Direito⁴⁷. Motivo pelo qual, na situação do juiz subsequente, a proposição normativa universal deve permanecer íntegra, devendo ser usada como justificativa para a resolução do caso concreto. Somente com a adoção dessa postura pelo juiz sucessivo é que a justiça formal efetivamente encerra seu ciclo, tratando os casos semelhantes de forma igual, e o próprio princípio do Estado de Direito se realiza.

Em outras palavras: quando o juiz sucessivo resolve o problema jurídico no caso x precedente, com fundamento em outras razões, as quais entende corretas e pertinentes para a adequada resolução da disputa, e desconsidera o efeito constitutivo do precedente, desfaz ele a unidade do ordenamento jurídico, criando decisões incoerentes sobre problemas jurídicos iguais, ainda que o resultado concreto, para a

parte, seja igual àquele que obteria se a razão universalizável já fixada tivesse sido reafirmada.

A recusa no uso do precedente pelos juízes na justificação das decisões judiciais, bem vistas as coisas, acarreta uma mudança na natureza do raciocínio do juízo precedente, no caso aqui tratado a Corte Suprema, que deixa de ser universal para ser um argumento por analogia.⁴⁸ E aqui alguns esclarecimentos devem ser feitos.

O argumento por analogia e o argumento por precedente não são faces de um mesmo fenômeno. Como explica Frederick Schauer, é comum que equiparações sejam feitas entre ambos argumentos, uma vez que a analogia é prevista em lei e geralmente é usada como referência de apoio para os argumentos tomados nas decisões. Todavia, essa equiparação, não obstante seja compreensível, é um grave erro, haja vista ignorar diferenças substanciais⁴⁹.

Argumento por analogia é usado na justificação como razão de reforço para o real entendimento do juiz, tal como um exemplo,⁵⁰ e não como critério de restrição. No raciocínio analógico, a decisão anterior é tomada como exemplo, no qual o juiz identifica semelhanças entre os casos e tenta convencer na sua

46 *Idem. ibidem.*

47 *Idem*, p. 23-26. Nessa linha de argumentação, Calmon de Passos destaca que o juiz de hierarquia inferior assim deve agir, não porque é um subalterno do juiz superior, mas porque é servidor público, e o seu comportamento contrário deve acarretar as mesmas consequências que a violação à lei impõe aos magistrados. Nas palavras do Professor baiano: “O juiz inferior não é subalterno do juiz superior, pois que ambos detêm o mesmo poder e só se distinguem em termos de competência. O juiz é, entretanto, um servidor do cidadão, dos membros do grupo social que o instituiu politicamente como agente de uma função pública, que por destinação e origem é e só pode ser serviço”. *Op. cit.*, p. 173.

48 Sobre o papel do argumento por analogia na argumentação jurídica, MACCORMICK, *Op. cit.*, p. 268-278.

49 SCHAUER, Fredrick. *Precedent*. p. 5-6. Disponível em: [http://ssrn.com/abstract=1836384]. Também sobre a questão das diferenças que a analogia e o precedente assumem no raciocínio jurídico ver. SCHAUER, Frederick. *Why precedent in law (and elsewhere) is not totally (or even substantially) about analogy*. (August 2007) KSG Working Paper n. RWP07-036. Disponível em: [http://ssrn.com/abstract=1007001].

50 Sobre a diferença entre precedente e exemplo, TARUFFO, Michele. *Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. anno 48. n. 1. p. 19-36. mar. 1994.

justificação a tomada da mesma conclusão, ou seja, o juiz acha atraente o argumento do caso anterior e tenta se convencer das razões ali adotadas. Todavia, o argumento por precedente trata de uma restrição imposta sobre o raciocínio que obriga a tomada de decisão em conformidade com aquela tomada anteriormente⁵¹.

Melhor explicando: argumento por analogia envolve a seleção de uma fonte análoga, que não necessariamente é um caso decidido anteriormente, e serve como elemento de persuasão e não de correção da justificação; já o argumento por precedente não é uma questão de escolha, mas sim verdadeira restrição na justificação que a configura como correta e imparcial. Assim, se há caso concreto que já foi decidido por um tribunal superior ou mesmo pelo próprio juiz, não há uma “escolha”, ou seja, uma opção argumentativa, para o juiz sucessivo decidir da mesma forma, mas sim um dever. Esta é a ideia do precedente: ser tomado como razão normativa da decisão, mesmo que o juiz sucessivo discorde das razões substantivas⁵².

Um precedente apenas deve ser tomado como argumento por analogia quando for de origem de um juiz de hierarquia inferior. Neste caso, o precedente será usado nas razões de decidir não como a justificação em si, mas como

uma boa razão para se decidir daquela maneira, haja vista tratar de uma orientação que predomina no discurso jurídico dos tribunais e juízes inferiores.

Claro que a ideia do uso do precedente não implica um regime judiciário autoritário e engessado. Não. Por óbvio que o juiz subsequente pode afastar a razão universalizável imposta a ele, mas, para tanto, deve oferecer boas razões, que devem demonstrar que o caso atual não trata do mesmo problema ou que possui fatos relevantes que o distinguem ou exigem um tratamento jurídico diverso, ou, ainda, que a decisão precedente está equivocada⁵³. Trata-se aqui das técnicas do *distinguishing* e do *overruling*, que tem como principal função permitir a oxigenação do sistema e desenvolvimento do direito judicial.

Interessante perceber que nos casos em que o precedente não serve, seja por haver circunstâncias, seja por fatos particulares que os distinguem, ou, seja por qualquer outro motivo, a decisão precedente atua como um argumento por analogia. Isso porque o juiz vai demonstrar que, embora o caso seja distinto, aquela razão universal pode ser adotada com alguns ajustes, operação que favorece a expansão e contração dos precedentes. Analogias, portanto, são fundamentais para o desenvolvimento do direito, “ou seja, de estender ou reafirmar uma regra ou um princípio jurídico para que ele cubra, ou para mostrar como ele cobre, novas

51 *Idem*, p. 7.

52 *Idem*, p. 8. Sobre as virtudes que a restrição do precedente impõe no raciocínio jurídico do juiz sucessivo, ver, por todos, SCHAUER, Frederick. Precedent. *Stanford Law Review*. n. 571. p. 16-20. 1987. As virtudes do precedente acompanham os principais argumentos que Schauer usa para a tomada de decisão com fundamento nas regras. *Las reglas en juego*. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 198-220.

53 Afinal, não se defende aqui a pretensão de que o Judiciário seja um órgão com a sabedoria de Salomão, de que não julga equivocadamente. A questão da decisão errada, portanto, é de crucial importância, tanto para se reconhecer os limites da razão argumentativa quanto para chamar a atenção para os estudos das técnicas de correção de tais decisões.

situações tais como as que Joseph Raz chama como casos não-regulados”⁵⁴.

Considerações finais

Como afirmou John Jolowicz, se estamos certos na crença de que uma Corte Suprema deve servir vários objetivos na sua função pública, então, embora o “para que?” e “por que?” continuam sendo consideradas questões importantes, haja vista a dinamicidade da vida social e, por conseguinte, jurídica, devemos prestar atenção, ainda, em como essa função pode e deve ser desenvolvida⁵⁵, ou seja, a pergunta que importa então é “como”.

E esse debate se torna ainda mais relevante quando compreendemos que para qualquer mudança normativa na estrutura de nosso processo e de nossas instituições faz-se necessário termos bem delineados os objetivos e valores que queremos tutelar e se os mesmos são conformes com o nosso ideal de Estado de Direito. Sem isso, qualquer pretensão de reforma legislativa ou teórica se fundamentará apenas em argumentos pragmáticos e imediatistas, o que, por certo, não resolverá de forma verdadeira os problemas.

De tudo o quanto dito, evidencia-se que a necessidade de se pensar em reformas legislativas e constitucionais em relação aos recursos extraordinários deve estar pautada diretamente na precípua função que deve ser atribuída às Cortes Supremas pela Constituição brasileira. Assim, a um só tempo, devem as

reformas estar conectadas com os ideais do Estado de Direito e com o verdadeiro imperativo constitucional, de modo que se construam técnicas e práticas que permitam a realização das Cortes de Vértices do sistema como Corte de precedentes.

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. **Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica**. Tradução de . Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1991.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

CADIET, Löic. Le juge de cassation en Europe. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, ano37, vol. 209, julho 2012. p. 403-430.

CAPPELLETTI, Mauro. Dictamen iconoclastico sobre la reforma del proceso civil italiano. In: **Proceso, ideologías, sociedad**. Tradução de Santiago Santís Melendo e Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1980. p. 273-284.

CAPONI, Remo. **La modifica dell’art. 360, 1 comma, n.5 c.p.c.** Disponível em: http://www.academia.edu/2117693/Remo_Caponi_2012_La_modifica_dellart._360_1_comma_n._5_c.p.c.

DENTI, Vittorio. Riforma o controriforma de processo civile? Un progetto per la giustizia

54 MACCORMICK. *Argumentação e teoria do direito*. Op. cit., p. 269.

55 JOLOWICZ. The role of the supreme court. Op. cit., p. 63.

civile. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, anno XXVIII, II serie, n. 2, 1973. p. 284-294.

EISENBERG, Melvin Aron. **The Nature of the Common Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

GASCON, Marina. **Rationality and (self) precedent**: brief considerations concerning the grounding and implications of the rule of self precedent. [Archiv für rechts-und sozialphilosophie, ARSP. Beiheft, n. 133](#), 2012. p. 35-50.

JOLOMICZ, John Anthony. Appeal, cassation, amparo and all that. In: **Estudios en homenaje al doctor Hector Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de ciencias jurídicas**. Tomo III. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1988. p. 2045-2074.

JOLOMICZ, John Anthony. The role of the supreme court at the national and international level, a general report. In: Yessiou-Faltsi (ed). **The Role of the Supreme Courts at the National and International Level**. Thessaloniki: Sakkoulas, 1998. p. 47-63.

KERAMEUS, Konstantinos. Corti supreme a confronto: stato delle cose e linee evolutive. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedure Civile**. Milano: Giuffrè, anno LIII, 1999. p. 143-148.

LIEBMAN, Enrico Tulio. A força criativa da jurisprudência e os limites impostos pelo texto da lei. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 43, set. 1986. p. 57-60.

LINDBLOM, Henrik. The role of the Supreme

Courts in Scandinavia. **Scandinavian studies in law**, n. 39, 2000. p. 325-366.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Uma teoria da argumentação jurídica. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. STJ enquanto corte de precedentes. 2ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2014. MITIDIERO. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Ed. RT, 2013.

MITIDIERO, Daniel. Por uma reforma da justiça civil no Brasil. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, vol. 199, setembro 2011. p. 83-99.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Paula Pessoa. Legitimidade dos precedentes: a universabilidade das decisões do STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PISANI, Andrea Proto. Crisi dela cassazione: la (no più rinviabile) necessità de una scelta. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, vol. 157, março 2008. p. 261-268.

PISANI, Andrea Proto. Principio d'egualianza e ricorso per cassazione. *Revista de Processo*. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, vol. 191, janeiro 2011. p. 201-210.

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

SCHAUER, Frederick. **Las reglas en juego**. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana. Madrid: Marcial Pons, 2004.

SCHAUER, Frederick. **Why Precedent in Law (and Elsewhere) Is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy** (August 2007). KSG Working Paper N. RWP07-036. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1007001>.

SCHAUER, Frederick. Precedent. **Stanford Law Review**, vol. 39, n. 3, feb./1987.

SCHAUER, Frederick. **Precedent**. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1836384>.

SILVESTRI, Elisabetta. Corti supreme europee: acceso, filtri e selezione. In: **Le Corti Supreme: atti del convegno svoltosi a Perugia il 5-6 maggio 2000**. Centro Studi Giuridici e Politici della Regione Umbria. Centro Internazionale Magistrati "Luigi Severini". Milão: Giuffrè, 2001. p. 105-116.

SILVESTRI, Gaetano. Le Corti Supremi negli ordinamenti costituzionali contemporanei. In: **Le Corti Supreme: atti del convegno svoltosi**

a Perugia il 5-6 maggio 2000. Centro Studi Giuridici e Politici della Regione Umbria. Centro Internazionale Magistrati "Luigi Severini". Milão: Giuffrè Editore, 2001. p. 35-50.

SILVA, Ovídio Baptista. **A função dos tribunais superiores**. Disponível em: www.baptistadasilva.com.br.

STÜRNER, Rolf. The New Role of Supreme Courts in a Political and Institutional Context from the German Point of View. In: **Anuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi**. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 335-358.

TARUFFO, Michele. Le corti supreme europee: acceso, filtri e selezione. In: **Le Corti Supreme: atti del convegno svoltosi a Perugia il 5-6 maggio 2000**. Centro Studi Giuridici e Politici della Regione Umbria. Centro Internazionale Magistrati "Luigi Severini". Milão: Giuffrè Editore, 2001. p. 95-104.

TARUFFO, Michele. Le funzioni delle Corti supreme: cenni generali. In: **Anuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi**. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 11-36.

TARUFFO, Michele. Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, anno, 48, n. 1, mar.1994. p. 19-36.

TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. Milano: Giuffrè, anno 61, n. 3, 2007. p. 795-810.

TARUFFO, Michele. Una riforma della Cassazione civile? **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura**

Civile. Milano: Giuffrè, n. 3, set, 2006. p. 755-786.

TROCKER, Nicolò, L'Europa delle Corti sovranazionali: una storia di judicial activism tra tutela dei singoli ed integrazione degli ordinamenti giuridici. In: **Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi**. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011. p. 91-128.

WALDRON, Jeremy. **Stare decisis and the Rule of Law: a layered approach**. NYU School of Law, Public Law Research Paper n. 11-75. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1942557>.