



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, PRECEDENTES E RELEVÂNCIA¹

SUPERIOR COURT OF JUSTICE, PRECEDENTS AND RELEVANCE

William Soares Pugliese²

RESUMO: O artigo propõe que o Superior Tribunal de Justiça terá maior discricionariedade para admitir ou rejeitar recursos especiais em virtude do instituto da relevância. O filtro da relevância social foi instituído por Emenda Constitucional e alterou o art. 105, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. Na prática, a principal consequência que se identifica é a possibilidade de escolha, pelo tribunal, do que será julgado. Por esta razão, a relevância tende a se tornar o primeiro e principal filtro ao qual os recursos especiais serão submetidos. Para tanto, em um primeiro momento, o artigo enfrenta o tema da discricionariedade instituída pelo filtro de relevância. Em segundo lugar, trata da função de formação de precedentes pelo STJ à luz da relevância da questão. Por fim, examina as consequências do filtro sobre três aspectos práticos da Corte: fim da jurisprudência defensiva, priorização das decisões colegiadas e requisitos de legitimidade das decisões. Os principais resultados são: o filtro da relevância amplia a discricionariedade da Corte; e o filtro da relevância tende a ser o primeiro critério de seleção dos recursos especiais. A metodologia empregada é dedutiva, com aportes bibliográficos e de direito comparado.

PALAVRAS-CHAVE: Precedentes; relevância; legitimidade.

ABSTRACT: The article proposes that the Superior Court of Justice will have greater discretion to admit or reject special appeals due to the institute of relevance. The filter of social relevance was instituted by a Constitutional Amendment and amended art. 105, of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, of 1988. In practice, the main consequence that is identified is the possibility of choice, by the court, of what will be judged. For this reason, relevance tends to become the first and main filter to which special features will be submitted. Therefore, at first, the article addresses the issue of discretion established by the relevance filter. Second, it deals with the role of precedent formation by the STJ in light of the relevance of the issue. Finally, it examines the consequences of the filter on three practical aspects of the Court: the end of defensive jurisprudence, prioritization of collegiate decisions and requirements for the legitimacy of decisions. The main results are: the relevance filter expands the Court's discretion; and the relevance filter tends to be the first criterion for selecting special features. The methodology used is deductive, with bibliographic and comparative law contributions.

KEYWORDS: Precedent; relevance; legitimacy.

1 INTRODUÇÃO

A Proposta de Emenda Constitucional nº 39, de 2021, teve seu texto final aprovado na Câmara dos Deputados no mês de julho de 2022. A chamada PEC da relevância altera o art.

¹ Artigo recebido em 23/08/2022 e aprovado em 25/10/2022.

² Pós-doutor pela UFRGS. Doutor e Mestre pelo PPGD-UFPR. Vice-coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito da Unibrasil. Professor Substituto de Direito Processual Civil da UFPR. Coordenador da Especialização de Direito Processual Civil da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Advogado. Curitiba/PR. E-mail: william@pxadvogados.com.br.



105, da Constituição, e estabelece novo filtro de admissibilidade do recurso especial. Agora em vigor, como Emenda Constitucional nº 125/2022, a norma exige que o recorrente demonstre a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso. Em um primeiro olhar, a relevância tem um perfil semelhante ao da repercussão geral no recurso extraordinário. Uma reflexão mais detida demonstra efeitos muito mais profundos do que essa simples aproximação.

O ponto que salta aos olhos é o de que o Superior Tribunal de Justiça terá maior discricionariedade para admitir ou rejeitar recursos especiais. Há, é verdade, hipóteses de relevância presumida no § 3º, da nova redação do art. 105, CRFB/88. Os casos não previstos na regra estarão sujeitos à análise de relevância pela própria Corte: com votos de dois terços do órgão competente, rejeita-se o recurso especial por falta de relevância. Isto evidencia a possibilidade de escolha, pelo tribunal, do que será julgado. Por esta razão, a relevância tende a se tornar o primeiro e principal filtro ao qual os recursos especiais serão submetidos. Se a causa é relevante, merece atenção e o recurso seguirá para análise. Se a causa não é relevante, o recurso deve ser rejeitado.

Essa discricionariedade conferida às Cortes Supremas não é novidade no direito comparado. A principal referência para o modelo de corte de vértice, no enfoque da Constituição brasileira, é o adotado nos Estados Unidos da América. Lá se admite a discricionariedade sem grandes críticas ou ressalvas. Cabe, portanto, uma análise sob essa perspectiva para a melhor compreensão do instituto da relevância.

Outro aspecto que demanda atenção é a relação entre os casos relevantes e a formação de precedentes. A emenda confirma a perspectiva de que o Superior Tribunal de Justiça deixa de ser uma Corte de Cassação e se consolida como Corte de Precedentes. Ganha força a tese de que o processo possui duas funções: solução de casos e formação de precedentes. Mais do que isso, ao estabelecer o filtro da relevância (e a repercussão geral no Supremo Tribunal Federal), a Constituição brasileira também cria um momento de separação entre a primeira e a segunda funções. Enquanto o processo se encontra nas cortes de justiça a função desempenhada é a de solução de casos. Se o recurso especial é admitido, a função central a ser desempenhada é a formação de precedentes, preservada a necessidade de aplicar o direito ao caso, nos termos do art. 1.034, do CPC.



Com a alteração do perfil do STJ, algumas mudanças estruturais e procedimentais devem ocorrer. Em primeiro lugar, com o filtro da relevância, alguns filtros artificiais concebidos pela Corte podem ser abandonados. Ou seja, o conjunto de teses que visavam à rejeição dos recursos a partir de argumentos formais, chamado de jurisprudência defensiva, deve desaparecer. Em segundo lugar, se o STJ poderá escolher os casos que julgará, então as decisões proferidas devem ser colegiadas e bem fundamentadas. Portanto, espera-se uma retomada do papel central dos acórdãos e a redução do emprego de decisões monocráticas no âmbito dos recursos especiais admitidos. Em terceiro lugar, se essas decisões colegiadas formarem precedentes, o STJ deve permitir a participação prévia dos interessados, fundamentar adequadamente os acórdãos e observar a universalidade da decisão escrita.

O presente artigo tem como objetivo examinar os três pontos acima destacados. Para tanto, em um primeiro momento, enfrenta o tema da discricionariedade instituída pelo filtro de relevância. Em segundo lugar, trata da função de formação de precedentes pelo STJ à luz da relevância da questão. Por fim, examina as consequências do filtro sobre três aspectos práticos da Corte: fim da jurisprudência defensiva, priorização das decisões colegiadas e requisitos de legitimidade das decisões.

2 RELEVÂNCIA DAS QUESTÕES E DISCRICIONARIEDADE DO STJ

A EC nº 125/2022 acrescenta dois parágrafos ao art. 105, da Constituição de 1988. O § 2º institui novo filtro de admissibilidade do recurso especial: a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso. Por meio do § 3º, o Poder Constituinte Derivado se antecipa à Corte e aponta algumas hipóteses em que a relevância é presumida. São elas: (i) ações penais; (ii) ações de improbidade administrativa; (iii) ações cujo valor da causa ultrapasse 500 salários-mínimos; (iv) ações que possam gerar inelegibilidade; (v) casos em que o acórdão recorrido contrariar jurisprudência dominante do STJ; e (vi) outras hipóteses previstas em lei.

Apesar do § 3º, porém, o filtro da relevância confere ampla discricionariedade para o STJ decidir os casos que julgará. Este argumento será desenvolvido em duas etapas. A primeira, com uma breve justificativa a respeito da discricionariedade aqui afirmada e a



segunda com uma comparação entre a relevância e o filtro aplicado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

O filtro da relevância não é o primeiro adotado pelo STJ. A Corte desenvolveu precedentes que constituem a chamada *jurisprudência defensiva*, cuja finalidade é reduzir o número de recursos (ou processos) admitidos para julgamento.³ Sem a pretensão de esgotar todos os filtros para a admissibilidade do recurso especial, somam-se à demonstração de relevância os seguintes: necessidade de indicação expressa do artigo de lei violado⁴; necessidade de impugnação específica a todos os fundamentos do acórdão atacado capazes de manter a conclusão adotada⁵; necessidade de cotejo analítico entre o julgado paradigma e o acórdão atacado⁶; necessidade de demonstrar que o recurso especial não viola a

³ Sobre o tema, v. PUGLIESE, William S. A sobrevida da jurisprudência defensiva nos dois anos de vigência do Código de Processo Civil de 2015. *Revista Jurídica da Escola Superior da Advocacia do Paraná*, v. 3, p. 351-372, 2018; ANDREASSA JR., Gilberto; PUGLIESE, William S. Jurisprudência defensiva nos tribunais superiores e o enfraquecimento de normas fundamentais do código de processo civil. In: ALVES, Lucélia de Sena; GOMES, Fernanda; BORGES, Souza (Org.). *5 anos de vigência do Código de Processo de 2015*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 129-144.

⁴ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. DECISÃO MANTIDA. 1. O conhecimento do recurso especial pela alínea “c” do permissivo constitucional exige a indicação do dispositivo de lei ao qual foi atribuída interpretação divergente e a demonstração do dissídio mediante a verificação das circunstâncias que assemelhem ou identifiquem os casos confrontados (art. 1.029, § 1º, CPC/2015). 2. Agravo interno a que se nega provimento. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1224551/AM. Relator(a): Min. Antonio Carlos Ferreira. Julgamento: 25/06/2019. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 01/07/2019).

⁵ Com fundamento na Súmula 283, STF: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMANDO NORMATIVO NO DISPOSITIVO INDICADO. SÚMULA 284/STF. FUNDAMENTO AUTÔNOMO NÃO IMPUGNADO. SÚMULA 283/STF. DANO AMBIENTAL EM POTENCIAL. PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO ESTRITAMENTE CONSTITUCIONAL. NÃO INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL SUPOSTAMENTE VIOLADO. SÚMULA 284/STF. AUTUAÇÃO AMBIENTAL. VALOR. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. [...] 3. A ausência de impugnação a fundamento que, por si só, respalda o resultado do julgamento proferido pela Corte de origem impede a admissão do recurso especial. Incide ao caso a Súmula 283/STF. [...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1618579/SC. Relator(a): Min. Benedito Gonçalves. Julgamento: 19/03/2019. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJe 22/03/2019).

⁶ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REEXAME DE MATÉRIA PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. FALTA DE COTEJO ANALÍTICO. DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO. AGRAVO NÃO PROVIDO. [...] 2. Para a análise da admissibilidade do recurso especial pela alínea “c” do permissivo constitucional, torna-se imprescindível a indicação das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, a fim de demonstrar a divergência jurisprudencial existente, o que não ocorreu no caso em apreço. 3. Agravo interno não provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1401641/MG. Relator(a): Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: 25/06/2019. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 28/06/2019).



jurisprudência dominante do STJ⁷; necessidade de prequestionamento⁸; impossibilidade de reanálise de fatos e provas⁹. A EC nº 125/2022 não afastou esses filtros. Na prática, a relevância da questão será mais um filtro que forma a rede de rejeição de recursos especiais.

A trama dessa rede acaba de ficar ainda mais imbricada. Se os filtros anteriores à PEC tinham caráter objetivo; a relevância é subjetiva. Isto significa que um recurso especial que não figure entre as hipóteses de relevância presumida pelo § 3º se submetem a um juízo de interesse da própria Corte em analisar a causa. Ao se considerar que este juízo é feito pelo mesmo tribunal que estabeleceu outros tantos filtros e que já rejeitava boa parte dos recursos especiais, a conclusão é uma: o número de recursos especiais admitidos diminuirá.

Há declarações institucionais do próprio tribunal que confirmam a afirmação acima. O Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministro Humberto Martins, destacou que o filtro da relevância faz com que a Corte deixe de atuar como terceira instância. Segundo o magistrado: “[a] PEC corrige uma distorção do sistema, ao permitir que o STJ se concentre em sua missão constitucional de uniformizar a interpretação da legislação federal. O STJ, uma vez implementada a emenda constitucional, exercerá de maneira mais efetiva seu papel constitucional, deixando de atuar como terceira instância revisora de processos que não ultrapassam o interesse subjetivo das partes”.¹⁰ Este é o espírito da emenda.

Mais do que mero texto emendado da Constituição, a *norma* deve ser compreendida. Como sustentado acima, a relevância não é mero filtro objetivo. Por meio dela, o STJ poderá escolher os casos que considera merecedores de atenção. Questão de direito federal infraconstitucional relevante, portanto, é a questão que o STJ considera relevante e

⁷ Súmula nº 83, STJ, “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”.

⁸ Com fundamento na Súmula 282, STF: [...] 4. A ausência de enfrentamento da questão posta no recurso pelo Tribunal de origem impede o acesso à instância especial, porquanto ausente o requisito constitucional do prequestionamento. Incidência das Súmulas 282 e 356 do STF. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o prequestionamento é indispensável ao conhecimento das questões apresentadas ao Superior Tribunal de Justiça, ainda que se trate de matéria de ordem pública. [...] (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 435.853/SC. Relator(a): Min. Raul Araújo. Julgamento: 18/06/2019. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 28/06/2019).

⁹ Súmula nº 7, STJ, “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Filtro de relevância do recurso especial vira realidade com a promulgação da Emenda Constitucional 125*. Brasília: STJ, 2022. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/porta1p/Paginas/Comunicacao/Noticias/14072022-Filtro-de-relevancia-do-recurso-especial-vira-realidade-com-a-promulgacao-da-Emenda-Constitucional-125.aspx>>. Acesso em: 21 jul. 2022.



merecedora de sua atenção. É por isso que as hipóteses previstas pelo § 3º, da emenda, foram definidas como de mera presunção. A norma instituída é tão forte que, se examinada ao lado dos demais filtros recursais já concebidos pela Corte, não há como afastar a discricionariedade da Corte para definir sua agenda.¹¹

Isto quer dizer que os recursos especiais em ações penais, em ações de improbidade administrativa, em ações cujo valor da causa ultrapasse 500 salários-mínimos, em ações que possam gerar inelegibilidade e em casos em que o acórdão recorrido contrariar jurisprudência dominante do STJ serão relevantes, mas poderão ter sua admissibilidade rejeitada por outro fundamento.

A tendência é que ocorra uma divisão entre dois tipos de casos: aqueles que não têm previsão no § 3º; e aqueles que têm. Os primeiros serão objeto de análise preliminar de relevância. Se identificada, as demais regras de cabimento serão aplicadas. Os casos da segunda categoria (previstos no § 3º) serão alvo de uma implacável aplicação dos demais filtros de admissibilidade. Essa divisão tem um propósito: que o STJ julgue apenas os casos relevantes.

Constatada a relevância em qualquer tipo de caso, o STJ poderá admitir o recurso especial e julgá-lo – sem a aplicação dos outros filtros. Afinal, o STJ entende que, após admitido o recurso, a importância do julgamento ultrapassa o interesse das partes.¹² É questão de tempo que a discricionariedade da corte prevaleça.

Há uma vantagem nesse ponto: a emenda permite que essa escolha seja feita às claras, sem o desenvolvimento de novas teses defensivas. Se o caso é relevante, será julgado. Essa alteração também suscita uma mudança no estilo de argumentação dos recursos especiais. O

¹¹ A expressão é empregada no sentido proposto por TSEBELIS, George; GARRETT, Geoffrey. Agenda setting power, power indices, and decision making in the European Union. *International Review of Law and Economics*, v. 16, n. 3, p. 345-361, 1996. Ver, sobre o tema, TSEBELIS, George. *Atores com poder de veto: como funcionam as instituições políticas*. São Paulo: Editora FGV, 2014.

¹² “3. Questão de ordem. Pedido de desistência formulado pela recorrente não só após a inclusão do processo em pauta, mas juntado aos autos na véspera da respectiva sessão de julgamento. Inadmissibilidade de manipulação da jurisprudência do STJ sobre planos de saúde. 4. Interpretação conforme à Constituição do art. 998, parágrafo único, do CPC/15. Deve prevalecer como regra o direito da parte à desistência, mas verificada a existência de relevante interesse público, o Relator está autorizado, mediante decisão fundamentada, a promover o julgamento do recurso especial para possibilitar a apreciação da respectiva questão de direito, sem prejuízo de, ao final, conforme o caso, considerar prejudicada a sua aplicação à hipótese específica dos autos. Pedido de desistência indeferido, ante as concretas peculiaridades da hipótese em julgamento.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1721705/SP. Relator(a): Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 28/08/2018. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJe 06/09/2018).



esforço primordial passa a ser o de chamar a atenção da Corte para o conteúdo do caso. Os demais filtros devem ocupar o segundo ou terceiro momento das petições. É claro que casos penais, de improbidade, que geram inelegibilidade, de alto valor ou que contrariam a jurisprudência tendem a ser relevantes. O que se quer afastar com esses parágrafos é a ideia de que, por estarem previstos no § 3º, estariam dispensados dos demais filtros e requisitos de admissibilidade do recurso especial.

Seguindo o modelo da repercussão geral do STF¹³, a discussão acerca da relevância deve ocorrer por meio de plenário virtual. Com a plataforma do plenário virtual a exigência de manifestação de dois terços dos membros do órgão competente para o julgamento pode ser apurada de modo objetivo e eficaz. Nesse ambiente, o STJ ganha eficiência na determinação de sua agenda e dedica as sessões presenciais de julgamento para o exame dos casos relevantes. Este ponto será retomado no item 4.

Se o principal critério para definir a admissibilidade dos recursos é discricionário, é inevitável a comparação com o modelo adotado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América (*Scotus*).¹⁴

A Suprema Corte dos Estados Unidos não tem atuação em controle concentrado de constitucionalidade. Ao contrário, sua atuação exige que se aponte a existência de um caso ou de uma controvérsia. A via pela qual a parte argumenta em favor de seu caso é chamada de *writ of certiorari*. A expressão deriva de “*certiorare*”, ou seja, “mostrar”, “informar”. Em outras palavras, por meio desse *writ* a parte apresenta para a Suprema Corte um caso previamente discutido e decidido, sobre o qual deverá ser realizado controle de constitucionalidade.¹⁵ O que importa, aqui, não é a questão do controle de constitucionalidade, mas a ideia de que há um caso concreto como fundo para o julgamento. Esta é a realidade do STJ diante de um recurso especial.

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *O plenário virtual na pandemia da Covid-19*. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2022.

¹⁴ Parte dos fundamentos examinados foram apresentados anteriormente, em LUCCHESI, Guilherme; PUGLIESE, William S. Justiciabilidade nos Estados Unidos da América: limites à obtenção de uma decisão pela Suprema Corte. In: Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política. Precedentes judiciais, judicialização da política e ativismo judicial, 2., 2016, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: Arraes, 2016. v. 3. p. 115-127.

¹⁵ MELLO, Vitor Tadeu Carramão. A repercussão geral e o writ of certiorari: breve diferenciação. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 26, p. 141, 2009.



A parte que pretende provocar a *Scotus* deve, também, demonstrar que sofreu dano que possa ser corrigido ou compensado por meio de uma decisão favorável. Essa posição é chamada de *standing*.¹⁶ A parte também deve argumentar que o caso é relevante. O objetivo, aqui, é convencer a própria Corte de que a matéria é importante o suficiente para justificar a análise e o julgamento da Suprema Corte. Isto decorre da interpretação desenvolvida a respeito da legislação federal pertinente ao tema:

1.253 Salvo disposição legal em contrário, qualquer parte pode apelar, ao Supremo Tribunal, de uma ordem que concede ou nega, após notificação e audiência, uma liminar interlocutória ou permanente em qualquer ação civil, processo ou procedimento exigido por qualquer Lei do Congresso para ser ouvido e determinado por um tribunal distrital de três juízes.

§ 1.257 (a) As sentenças finais ou decretos proferidos pela mais alta corte de um Estado em que uma decisão possa ser tomada, podem ser revistos pela Suprema Corte por mandado de *certiorari*, quando a validade de um tratado ou estatuto dos Estados Unidos for trazida em questão ou quando a validade de um estatuto de qualquer Estado é questionada por ser contrária à Constituição, tratados ou leis dos Estados Unidos, ou quando qualquer título, direito, privilégio ou imunidade é especialmente estabelecido ou reivindicado sob a Constituição ou os tratados ou estatutos, ou qualquer comissão detida ou autoridade exercida sob os Estados Unidos.

(b) Para os fins desta seção, o termo “tribunal supremo de um Estado” inclui o Tribunal de Apelações do Distrito de Columbia.¹⁷

Como se constata do trecho acima, o propósito do *writ of certiorari* é revisar decisões judiciais que possam ser “ofensivas à Constituição”. O que surpreende é que não há, para além do requisito aqui destacado, qualquer outra exigência legal com relação à

¹⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Simon v. Eastern Kentucky Welf. Rights Org.* United States Reports, v. 426, p. 26. Washington: GPO, 1976. p. 38.

¹⁷ Título 28 do Code of Laws of the United States of America.

§ 1.253 Except as otherwise provided by law, any party may appeal to the Supreme Court from an order granting or denying, after notice and hearing, an interlocutory or permanent injunction in any civil action, suit or proceeding required by any Act of Congress to be heard and determined by a district court of three judges.

§ 1.257 (a) Final judgments or decrees rendered by the highest court of a State in which a decision could be had, may be reviewed by the Supreme Court by writ of certiorari where the validity of a treaty or statute of the United States is drawn in question or where the validity of a statute of any State is drawn in question on the ground of its being repugnant to the Constitution, treaties, or laws of the United States, or where any title, right, privilege, or immunity is specially set up or claimed under the Constitution or the treaties or statutes of, or any commission held or authority exercised under, the United States.

(b) For the purposes of this section, the term “highest court of a State” includes the District of Columbia Court of Appeals



admissibilidade do instituto. Por este motivo a doutrina estrangeira afirma que o *certiorari* é concedido à discricionariedade da Corte.¹⁸

Esta afirmação não é uma descoberta, muito menos uma observação objeto de crítica. A doutrina reconhece esse estado de coisas. Ao tratar do tema, por exemplo, Choper, Fallon Jr, Kamisar e Shiffrin definem o *writ of certiorari* como uma via discricionária que permite, justamente, que a Corte decida quais casos merecem sua atenção.¹⁹ Ou seja, a discricionariedade integra o conceito do writ. Para além dessa afirmação, os autores ressaltam a relevância de que essa liberdade se mantenha, uma vez que cabe à própria Corte definir quais são os casos mais importantes para a comunidade.²⁰

O que chama a atenção é o fato de que a *Scotus* desenvolveu um processo de seleção de casos. A metodologia é bastante refinada e recebe o nome de *screening*:

[...] os membros da Suprema Corte dividem os casos recebidos entre seus assessores que apresentarão breves memoriais (“pool memos”) e a recomendação de conceder ou não os writs. Após a distribuição desse material, os membros da Corte se reúnem para apreciar uma lista dos casos que merecem a atenção da Corte – esta lista costuma ser preparada pelo Juiz-Presidente da Corte após a análise dos memoriais. Os demais juízes podem, a seu turno, requerer a inclusão de determinados casos para a lista de discussão.

Da descrição acima, pode-se observar que alguns casos sequer serão levados para a lista de discussão, e é exatamente isto que ocorre: os casos não incluídos na lista têm o writ of certiorari negado, sem a necessidade de justificativa ou fundamentação específica. Por conta disso, e pela sintética apreciação dos casos nesta fase, o entendimento majoritário da doutrina americana é o de que as decisões que negam o prosseguimento dos feitos não possuem qualquer efeito em termos de precedentes.

Para que o writ seja concedido, e o caso incluído na pauta de julgamentos da Suprema Corte, pelo menos quatro juízes devem votar favoravelmente. No entanto, essa decisão não é definitiva, de modo que após o aprofundamento do estudo sobre o caso a matéria se revelar de menor relevância – ou qualquer que seja o motivo – a Corte pode revogar sua decisão e dispensar o writ.²¹

¹⁸ LUCCHESI, Guilherme; PUGLIESE, William S. Justiciabilidade nos Estados Unidos da América: limites à obtenção de uma decisão pela Suprema Corte. In: Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política. Precedentes judiciais, judicialização da política e ativismo judicial, 2., 2016, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: Arraes, 2016. v. 3. p. 117.

¹⁹ CHOPER, Jesse H.; FALLON JR., Richard H.; KAMISAR, Yale; SHIFFRIN, Steven H. *Constitutional Law: cases – comments – questions*. 10. ed. St. Paul: Thomson West, 2006. p. 48.

²⁰ Nessa linha, ver também PINTO, José Guilherme Berman C. O Writ of Certiorari. *Revista Jurídica da Presidência da República*, Brasília, v. 9, n. 86, p.87-103, ago./set. 2007.

²¹ LUCCHESI, Guilherme; PUGLIESE, William S. Justiciabilidade nos Estados Unidos da América: limites à obtenção de uma decisão pela Suprema Corte. In: Congresso Internacional de Direito Constitucional



Este procedimento revela que todo caso submetido à Suprema Corte é, sim, apreciado. O que não existe, nos Estados Unidos da América, é um critério objetivo que obrigue a Suprema Corte a julgar um determinado caso.

Outros pontos chamam a atenção na atuação da Suprema Corte. O primeiro é que, de acordo com seus próprios precedentes²², não há a necessidade de fundamentação das decisões que negam o *certiorari*. Um segundo tópico que merece destaque é o baixo número de *writs* que são efetivamente concedidos, ou seja, que são destacados pela *Scotus* para julgamento do mérito. Em média, a cada ano, 7.000 processos são submetidos à Corte, mas apenas uma centena é julgada. Portanto, a porcentagem de *writs* recebidos é de 1 a 2% da demanda total. Destes, em média, 60% a 70% acabam com a reforma do julgamento em discussão.²³

Como se vê, apesar da diferença de competência entre a *Scotus* e o STJ, a discricionariedade instaurada pelo filtro de relevância aproxima esses dois tribunais.

Resta questionar as consequências da discricionariedade. Evidentemente, não há unanimidade a favor ou contra essa opção da *Scotus*. O que se tem é uma razoável segurança em sistematizar os principais argumentos favoráveis a essa estrutura. Edward Hartnett aponta para a possibilidade de o órgão definir sua própria agenda, organizando melhor o seu tempo, e para o reconhecimento de que a Suprema Corte deve intervir seletivamente, sem se comprometer com a fiscalização ou com o policiamento de determinadas áreas.²⁴ Em síntese, a doutrina entende que o ponto mais positivo na discricionariedade da Corte é que ela tem seu próprio poder de agenda.

Na linha da proposta de Mitidiero, a discricionariedade também contribuiu para o desenvolvimento de uma mentalidade e de uma cultura de que a função da *Scotus* não é corrigir os julgamentos supostamente incorretos proferidos pelo Judiciário.²⁵ Ao contrário,

e Filosofia Política. Precedentes judiciais, judicialização da política e ativismo judicial, 2., 2016, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: Arraes, 2016. v. 3. p. 124.

²² Dentre os mais citados a este respeito, tem-se *Maryland v. Baltimore Radio Show*.

²³ CHOPER, Jesse H.; FALLON JR., Richard H.; KAMISAR, Yale; SHIFFRIN, Steven H. *Constitutional Law: cases – comments – questions*. 10. ed. St. Paul: Thomson West, 2006. p. 48.

²⁴ HARTNETT, Edward A. Questioning Certiorari: some reflections seventy-five years after the judges bill. *Columbia Law Review*, New York, v. 100, n. 7, p. 1730-1731, nov. 2000.

²⁵ MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.



ela é vista como uma instância extraordinária cujo objetivo é se ater aos casos mais importantes e estabelecer precedentes. É esse o tema do próximo item.

3 A DUPLA FUNÇÃO DO PROCESSO: SOLUÇÃO DE CASOS E FORMAÇÃO DE PRECEDENTES

A divisão de funções do processo aqui proposta segue linhas delineadas recentemente por Hermes Zaneti Jr.²⁶ e por Daniel Mitidiero²⁷. Os dois autores, reconhecendo a indeterminação dos textos legais, afirmam que o Poder Judiciário tem o papel de estabelecer a interpretação do Direito. Esta prática oferece maior segurança jurídica²⁸ ao colmatar as lacunas do direito positivo.

Sob o ponto de vista do processo, a jurisdição desempenha duas funções. De um lado, a função tradicional de solução de conflitos por meio da aplicação do Direito. Esta função costuma ser apontada como a razão de ser do processo e acompanha a ciência do direito processual há muito tempo. Por outro lado, existe uma segunda função que, ao menos no Brasil, revelou-se recentemente. Trata-se da função de formação de precedentes, por meio das qual os tribunais superiores estabelecem a interpretação do Direito.

Para se pensar a dupla função do processo, adota-se como marco teórico a teoria institucional do Direito, de Neil MacCormick.²⁹ Dois conceitos de sua teoria são importantes para este texto e devem ser compreendidos de forma preliminar: as instituições e as normas de segundo piso.

Ao lado dos fatos brutos, constatados na natureza, os homens também se deparam com fatos institucionais. Estes são compreendidos como fatos que dependem da interpretação das coisas, dos eventos ou de comportamentos a partir de uma moldura normativa. O Direito,

²⁶ ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 408.

²⁷ MITIDIERO, Daniel. *Processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 23.

²⁸ O termo, aqui, tem o sentido atribuído por Humberto Ávila, especialmente no que diz respeito à previsibilidade. Na síntese do autor: “segurança jurídica existe precisamente quando o indivíduo conhece e compreende o conteúdo do Direito, quando tem assegurados no presente os direitos que conquistou no passado e quando pode razoavelmente calcular as consequências que serão aplicadas no futuro relativamente aos atos que praticar no presente”. (ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 21).

²⁹ MacCORMICK, Neil. *Institutions of Law: an essay in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 1.



nessa ótica, predica-se por meio da definição de instituições, tais como os contratos, o casamento e a propriedade. O próprio Direito cuida de definir as instituições que o criam, como o Poder Legislativo, e o aplicam, como os tribunais.³⁰ Não se trata, assim, da identificação de fatos brutos, mas de conceitos e concepções que dependem do sentido a eles atribuídos pelo homem. A partir da institucionalização, o Direito garante ordem normativa. Ou seja, ao definir os institutos jurídicos, também se pode estabelecer normas a respeito deles. Essas normas são comumente estabelecidas por meio de um texto que será interpretado por aqueles que fornecem o serviço e por quem pretende utilizá-lo. Sabendo, por outro lado, que diversas interpretações são possíveis, em virtude da argumentação, a garantia da ordem impõe que se designe uma ou mais pessoas responsáveis pela aplicação e pela interpretação dessas normas.

Ao reconhecer que, mesmo em um sistema de normas, os textos serão interpretados, MacCormick reconhece a necessidade de tratar dos atos e processos de decisão.³¹ Se houver mais de um responsável por decidir em uma ordem normativa institucional, sua preservação depende do controle das inconsistências nas decisões tomadas por suas autoridades. Assim, onde quer que os problemas sejam frequentes e a consistência de tratamento seja um valor relevante, as autoridades podem estabelecer regras a respeito da forma como as decisões de cada caso serão tomadas. Nesse contexto, as interpretações estabelecidas pelas autoridades, em casos anteriores, passam a ter valor semelhante ao de uma regra. O autor escocês aponta que essa constatação implica a existência de “pisos”, ou “níveis”, na prática normativa. O primeiro piso se refere às normas estabelecidas para o funcionamento de uma atividade ou sistema; o segundo piso está ligado à prática normativa que autoriza alguém a tomar decisões referentes àquela atividade ou sistema. Existem, portanto, normas sobre um sistema e normas de decisão a seu respeito.

Em sistemas estruturados desta forma, o detentor da autoridade para decidir também tem competência para emitir declarações sobre as regras de primeiro piso. Empregando o

³⁰ MacCORMICK, Neil. *Institutions of Law: an essay in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 2.

³¹ MacCORMICK, Neil. *Institutions of Law: an essay in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 22-24.



exemplo de uma fila, a explicação de MacCormick é essencial para a compreensão deste ponto:

O que o supervisor diz determina qual é a regra de prioridade operacional quando surge um problema sobre quem deve ser considerado o líder da fila, e assim por diante. E a administração pode, em grande medida, esclarecer as coisas, fazendo previsões cada vez mais exatas sobre como o arranjo deve funcionar, se ocorrerem dificuldades de interpretação que estão (por exemplo) causando incômodos entre os clientes, que podem fazer seus negócios em outro lugar.³²

A ordem normativa institucional afasta a dependência de regras gerais e, muitas vezes, vagas. Ao considerar os problemas e estabelecer entendimentos a respeito das regras de primeiro piso, as autoridades responsáveis pela interpretação editam novas regras explícitas para casos até então imprevistos. Está aqui a riqueza do sistema com regras de dois ou mais pisos: as imprecisões podem ser sanadas. O Direito é uma ordem normativa institucional e só tem a se beneficiar dessa construção.

A formulação de regras pelas autoridades que aplicam o Direito, porém, é tema que demanda maior cautela, especialmente em ordenamentos que seguem a tradição da *Civil Law*.³³ Quando se tratou, em outra oportunidade, a respeito da natureza jurídica do processo³⁴, afirmou-se que seu reconhecimento como uma instituição própria oferece um conjunto de pontos positivos, dentre os quais se destaca, aqui, a vinculação do processo com os responsáveis por aplicar e interpretar as normas editadas. Ao mesmo tempo, a institucionalização permite a regulamentação de conceitos jurídicos a partir do próprio ordenamento e, a partir disso, confere funções e efeitos específicos para o processo.

Por isso, aponta-se para as duas funções do processo. A primeira, relacionada com o propósito originário do instituto, está ligada à solução de conflitos com partes claramente delimitadas e com objeto definido. Para essa primeira função do processo dá-se o nome de função de justiça. A segunda função do processo como instituição decorre do papel

³² MacCORMICK, Neil. *Institutions of Law: an essay in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 29.

³³ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009. p. 23.

³⁴ PUGLIESE, William S. A natureza jurídica do processo civil contemporâneo. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Barcelona, v. 2, p. 333-370, 2020.



jurisdicional de interpretar e de conferir sentido ao Direito e é denominada função de formação de precedentes.

A chamada constitucionalização do processo³⁵ também contribuiu para esta divisão de funções. A adoção de um modelo híbrido, em que o processo comum segue a tradição da *Civil Law*, enquanto as questões constitucionais são sanadas por inspiração na tradição da *Common Law*, despertou a doutrina brasileira para a importância do papel da interpretação no ato de adjudicação. O reconhecimento da dupla função do processo encerra a trajetória teórica deste tema. Ao mesmo tempo, abre um espaço de discussão das técnicas adequadas e necessárias para a efetivação dessas duas funções. Em síntese, o caminho apontado pela PEC nº 39/2021 está alinhado com a proposta de Cortes Superiores e Cortes Supremas, de Luiz Guilherme Marinoni³⁶ e Daniel Mitidiero³⁷.

Pela filtragem de relevância, o STJ passará a atuar em maior medida como corte de precedentes. O tribunal ainda conservará competências vinculadas à função de justiça, ou de solução de conflitos. As causas previstas no art. 105, inc. I e II, não foram afetadas pela emenda. Deste modo, o tribunal conserva competência para julgar feitos originários; para homologar sentenças estrangeiras e conceder *exequatur* às cartas rogatórias; e para julgar recursos ordinários.

Os recursos especiais, porém, formam a grande massa de feitos em tramitação no STJ. De acordo com os dados disponibilizados em 21 de julho de 2022, na página principal da Corte³⁸, 76,39% dos processos são de natureza recursal; 23,61% são originários. Aguardam julgamento 170.926 recursos e 52.387 casos originários. Se o filtro da relevância gerar resultado semelhante ao da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (1,5% de recursos admitidos), apenas 2.500 recursos serão selecionados para julgamento. O passivo seria reduzido para *um quarto* do atual.

Este é o efeito da transformação do STJ em uma corte de precedentes. O número de processos é reduzido; a relevância de cada um desses processos é majorada. Não parece

³⁵ A expressão é empregada no sentido proposto por ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

³⁷ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

³⁸ www.stj.jus.br



haver dúvida que o caminho escolhido pelo Legislativo e pelo próprio tribunal seja a conformação de uma corte dessa natureza. A PEC da Relevância permite que se retome um dos pontos da concepção de Direito de MacCormick: onde quer que os problemas sejam frequentes e a consistência de tratamento seja um valor relevante, as autoridades podem estabelecer regras a respeito da forma como as decisões de cada caso serão tomadas. Os precedentes, portanto, são fontes do direito. Mais especificamente: *as decisões do STJ, em recursos especiais relevantes, formam precedentes.*

A função do precedente é servir como um paradigma para a decisão de casos futuros. Por conta disso, a fundamentação deve ser a mais completa possível, tanto no plano fático quanto no plano de interpretação do direito material, ou seja, na subsunção de normas ou na aplicação de princípios jurídicos. É necessário, porém, conciliar essa proposta com a ideia de regras estabelecidas pelas autoridades, a partir das regras de segundo piso da teoria institucional de MacCormick. Para tanto, contribui a tese de Frederick Schauer que aproxima a teoria dos precedentes à *civil law* e a sistemas híbridos.³⁹

Ao iniciar sua exposição sobre como identificar um precedente, o autor estadunidense afirma que é muito fácil dizer que um juiz deve seguir as decisões anteriores, mas raramente essa facilidade é encontrada ao tentar se identificar o que conta como uma decisão passada. Comumente, não ficam claros quais casos contam como precedentes e, ainda mais importante, é muito raro saber como estes casos serão aplicados na questão que se coloca diante dos tribunais. Essa tarefa é complexa por um motivo principal: não existem dois eventos exatamente iguais. A tarefa da identificação do precedente compreende, em primeiro lugar, a constatação de que há, de fato, similaridade entre os casos, pois somente com isso a corte terá a obrigação de seguir o precedente.

No entanto, argumenta Schauer, o caminho da similitude entre casos conta com inúmeras falhas e pode levar a reflexões bastante incompletas. É preciso procurar algo a mais que permita dizer quanto e como um caso anterior será realmente um precedente para o caso em análise. É esse algo a mais que costuma ser denominado *ratio decidendi*, que dirá não só o que foi decidido, como também porque se decidiu daquela maneira.

³⁹ SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009. Em português, SCHAUER, Frederick. *Pensando como um advogado*. Londrina: Thoth, 2021.



Uma possibilidade de identificar a *ratio* é observar os fatos descritos pelo precedente e levá-los em consideração em conjunto com a decisão tomada pelo tribunal. Trata-se da histórica teoria de Arthur Goodhart.⁴⁰ Ocorre que, para Schauer, esse raciocínio pouco ajuda. A identificação de fatos não especifica o nível de abstração ou o nível de generalidade com que os fatos devem ser compreendidos. Sem esse fator adicional, é impossível saber a razão pela qual o tribunal decidiu daquela forma. Na verdade, um fato se torna material se uma regra jurídica o torna relevante.⁴¹ É uma regra jurídica que define quando duas situações são similares e é uma regra que estabelecerá o grau de generalidade com que os fatos devem ser compreendidos e descritos pelo tribunal. Vale dizer, se uma lei diz que as propriedades p, q e r são materiais, e se o caso precedente exhibe estas propriedades, então a busca pelas propriedades no caso em análise é uma busca pelas propriedades que a regra, e não o precedente, tornaram juridicamente relevantes.⁴² Ao desenvolver as normas de primeiro piso e conferir materialidade às normas, o precedente se insere como fonte do Direito.

Neil MacCormick, ao justificar o precedente como fonte, oferece três razões para tanto.⁴³ A primeira é uma razão de justiça (tratar casos iguais de forma igual). A segunda decorre da primeira e se revela pela imparcialidade do sistema jurídico que deve aplicar a mesma justiça para todas e todos – e promove, por isso, ordem normativa. A terceira é a economia de esforço.⁴⁴ O precedente pode ser considerado fonte, na ótica do autor, especialmente pelas duas primeiras razões, as quais se circunscrevem à noção de universalidade, elemento essencial para o desenvolvimento do Direito como ordem normativa institucional. Na visão do autor⁴⁵, o ideal de universalidade se desdobra em duas

⁴⁰ GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *Yale Law Journal*, Yale, p.161-183, dez. 1930.

⁴¹ Ver, neste sentido, SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules*. Oxford: Oxford University Press, 2002; SCHAUER, Frederick. Formalism. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 97, p. 509-548, 1987.

⁴² SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 52.

⁴³ MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 143.

⁴⁴ Há, de um lado, economia de esforço para a solução de casos iguais. No entanto, a presença do precedente também pode tornar o ato de decidir mais complexo. Ver ZANETTI JR., Hermes. O paradoxo de Humberto Ávila: o elogio da interpretação e a interpretação cética, moderada e responsável. In: MITIDIERO, Daniel; ADAMY, Pedro (Org.). *Direito, razão e argumento: a reconstrução dos fundamentos democráticos e republicanos do direito público com base na teoria do direito*. Liber Amicorum Professor Humberto Ávila. Salvador: Juspodivm/Malheiros, 2021. p. 135-160.

⁴⁵ Os trechos citados foram extraídos da versão em português da obra: MACCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. São Paulo: Elsevier, 2008. p. 28-29. No original, MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 21.



funções: primeiro, pela universalizabilidade das razões (“para o presente conjunto de circunstâncias X contar como uma razão para chegar à decisão D, e para agir sobre D, é preciso que seja aceitável manter a decisão do tipo D como uma decisão apropriada em qualquer momento em que as circunstâncias C ocorram”); segundo, como teste das razões para casos futuros (“se é possível dizer que D é uma solução apropriada em qualquer momento em que C ocorra”).

O precedente, portanto, é um elemento que confere justiça, imparcialidade e segurança em um ambiente no qual a interpretação e a argumentação são essenciais. Quer isto dizer que, para assegurar um sistema jurídico no qual a argumentação é direito fundamental e intrínseco da própria performance do sistema, os precedentes devem ser fonte do Direito para oferecer um necessário contraponto e oferecer previsibilidade. Não se trata, assim, de um problema de tradições jurídicas ou de origens históricas, mas uma opção a ser feita pelos ordenamentos jurídicos contemporâneos em prol da segurança, da previsibilidade e, em última instância, do Estado de Direito. A partir do que se compreende a respeito do Direito, nos dias de hoje, os precedentes devem ser tratados como fonte.

O filtro da relevância reforça a concepção das decisões do STJ como precedentes. Daniel Mitidiero⁴⁶ propõe que a tutela dos direitos seja partilhada entre dois níveis judiciais distintos, correspondentes às duas dimensões da tutela dos direitos. Em um plano, deve haver cortes vocacionadas à tomada de decisões justas a partir da análise dos fatos e do Direito; de outro, deve haver cortes cuja preocupação seja o desenvolvimento de justificações racionais para casos difíceis. A Corte Suprema é uma classificação, ou uma verdadeira proposta doutrinária, para pensar as cortes de vértice e as cortes constitucionais como tribunais voltados para a consolidação das interpretações acerca do Direito. Sua função é a reconstrução da ordem jurídica mediante a outorga de sentido a textos e a elementos não textuais do sistema jurídico. Ao permitir que o STJ defina os casos que julgará, a relevância é instituto que aproxima a corte dessa proposta teórica.

Por outro lado, não se pode perder de vista que a formação de precedentes pressupõe um caso. Ou melhor, a formação precedente se dá na medida em que a corte decide um caso.

⁴⁶ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.



Nessa perspectiva é que permanece vigente o art. 1.034, do Código de Processo Civil. O STJ, ao admitir o recurso especial, julgará o processo aplicando o direito. Formar precedente, portanto, não é um ato que se dissocia da solução do caso. Ao contrário, é um ato que deve ser resultado da escolha dos processos mais relevantes. O precedente veicula uma interpretação do Direito, em um determinado caso, que foi resolvido de determinada maneira. Esta é a essência da *ratio decidendi*.

Na prática, o filtro da relevância também poderá permitir uma melhor aplicação e compreensão dessa realidade. Ao invés de reunir centenas de processos para um julgamento conjunto, como ocorre no IRDR, a relevância permitirá a formação de precedentes para casos que demandam maior reflexão e construção da decisão adequada.

As decisões do STJ são precedentes, independentemente do art. 927, do CPC, ou de outra regra. Esta conclusão decorre de sua função constitucional. O que precisa ser objeto de estudo e de acompanhamento por parte da doutrina é a forma como as decisões de casos relevantes serão tomadas. Com a importância que cada recurso especial admitido passará a ter, o processo de decisão se torna mais importante. É sobre este tema que se trata o próximo item.

4 LEGITIMIDADE DAS DECISÕES E A RELEVÂNCIA

Se há uma função específica do processo para a formação dos precedentes e se os precedentes são fontes do Direito, então o processo de decisão que os forma não deve se limitar às técnicas de decisão da função de justiça. Se a Corte verifica que está diante de um caso relevante, o tratamento do caso deve ser equivalente. A performance deliberativa das Cortes não é tema inédito, sendo cada vez mais discutido no Direito Constitucional e no Processo Constitucional⁴⁷, especialmente sob o enfoque do controle de constitucionalidade. A questão é que os efeitos das decisões de controle de constitucionalidade e que formam

⁴⁷ Neste sentido, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. *passim*; GODOY, Miguel Gualano de; ARAÚJO, Eduardo Borges Espínola. A expansão da competência do plenário virtual do STF: colegialidade formal e déficit de deliberação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 276-295, 2022; SILVA, Virgílio Afonso da. Pauta, público, princípios e precedentes: condicionantes e consequências da prática deliberativa do STF. *Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 22-56, jan./jun. 2021.



precedentes reverberam sobre as fontes do Direito, de modo que a deliberação dos tribunais deve seguir critérios semelhantes.

Aqui deve ser feito um alerta. De acordo com os dados de 21 de julho de 2022, disponibilizados no *site* do STJ, dos 231.927 julgados deste ano, apenas 1.864 são decisões colegiadas. 99,2% das decisões do Superior Tribunal de Justiça foram monocráticas. Evidentemente, a estatística revela o caráter revisor que a corte carrega sem o filtro da relevância. A PEC nº 39/2021 permite que o STJ mude esse perfil e assuma a natureza de tribunal de precedentes que decide de forma colegiada. É interessante perceber, a partir desses dados, que o número de decisões colegiadas é muito próximo do que se cogitou, no item 3, que seria o número de recursos efetivamente julgados após o filtro da relevância. Com isso, o tribunal se aproxima do perfil que a Constituição lhe concedeu. As decisões que formam precedentes, portanto, devem ser colegiadas.

O filtro da relevância permitirá ao STJ que abandone o modelo de tribunal que decide monocraticamente e que extingue recursos por meio da jurisprudência defensiva. Ao contrário, pode implementar um sistema de escolha colegiada (triagem) de recursos que priorize a relevância das causas; ao invés de requisitos formais.

Uma das análises mais completas sobre os modelos de deliberação foi apresentada por Conrado Hubner Mendes.⁴⁸ De acordo com o professor da USP, uma corte deliberativa e, portanto, democrática, deve atender a três fases: pré-decisional, decisional e pós-decisional.⁴⁹ A fase pré-decisional pressupõe um caso. Nela ocorrem todos os atos por meio dos quais as partes interagem, oralmente ou por escrito, com a Corte. A fase decisional é protagonizada pelos juízes, que interagem em busca da decisão. A fase pós-decisional abarca a redação da decisão colegiada e, ainda, os debates que sucedem na esfera pública informal em reação à decisão.

A compreensão da deliberação colegiada⁵⁰ parte da noção de que existem pelo menos duas ordens de participantes: decisores e interlocutores. A comunidade de interlocutores

⁴⁸ MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

⁴⁹ MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 46 e segs.

⁵⁰ Ver, por exemplo, ANDREASSA JR., Gilberto. *Precedentes judiciais e colegialidade: a reforma no procedimento deliberativo dos tribunais como pressuposto para uma efetiva aplicação dos institutos*. Londrina: Thoth, 2021.



compreende todos os que, formal ou informalmente, remetem argumentos em direção à corte ou expressam posições públicas em relação ao caso. Os interlocutores fornecem subsídios argumentativos à decisão da corte. Interlocutores formais envolvem todas as partes qualificadas ou legitimadas a participar do caso constitucional específico, como as partes e os *amici curiae*. Há, ainda, os interlocutores informais, que se engajam em debates por outros veículos na expectativa de contribuir ou influenciar a Corte. Nesse caso, tem-se, por exemplo, a mídia e a doutrina.

Deve-se notar, também, que deliberação é forma de interação no processo de tomada de decisão, por meio do qual razões são trocadas na tentativa de persuadir e alcançar o consenso. Tem-se, assim, que uma corte genuinamente deliberativa é a que maximiza o raio de argumentos dos interlocutores ao promover contestação pública na fase pré-decisional; estimula os juízes numa prática sincera de interação colegiada na fase decisional; e redige uma decisão deliberativa na fase pós-decisional. A Corte deve moldar, portanto, três espaços de deliberação: juízes e interlocutores; juízes e juízes; juízes e público. Esse modelo trifásico teve cada um de seus momentos batizados por Conrado Hübner Mendes⁵¹: contestação pública, interação colegiada e decisão escrita deliberativa.

A contestação pública é o momento no qual os atores legitimados têm a possibilidade de se manifestar perante a Corte. A natureza e a relevância do caso podem ensejar diferentes abordagens à contestação pública. De todo modo, o modelo ideal pressupõe ampla participação e, em contrapartida, ampla atenção da Corte em receber tais argumentos e testá-los publicamente. O ideal, na visão do professor paulista, é o diálogo entre os interessados e os juízes, os quais devem questionar ativamente durante os debates.

A segunda fase, de interação colegiada, é o modelo ideal de decisão de uma corte deliberativa. Nela, os juízes interagem entre si para tomar uma decisão. Não se trata de um duelo de ideias, mas de atos de comunicação voltados para a incorporação das razões pelos pares, seja para aderir, seja para dissentir. Os juízes não são obrigados a esconder ou suprimir desacordos; todavia, devem estar comprometidos com uma argumentação franca em busca da melhor resposta. Não sendo possível encontrar uma razão comum, os juízes deverão

⁵¹ MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 101 e segs.



buscar, na segurança jurídica e na previsibilidade, um predicado normativo de segunda ordem para estimular concessões mútuas. A deliberação, vista desse modo, não é um simples meio de produção de consenso, mas é o caminho para uma boa decisão, com ou sem unanimidade.

Encerrada a interação colegiada, tem início a decisão escrita deliberativa. Ela deve traduzir os compromissos éticos da deliberação para o texto da decisão. Defende-se que esta fase seja responsiva (universalizável) e inteligível para o público. A decisão escrita deve lidar com todos os pontos de vista da maneira mais rigorosa e empática possível. É, costumeiramente, uma rearticulação mais bem estruturada da interação colegiada. Ela deve atribuir maior peso à autoria institucional, registrando apenas os desacordos que persistiram após a interação.

Entram na discussão, aqui, os modelos de manifestação na tomada das decisões colegiadas: *seriatim* e *per curiam*. O modelo *seriatim* prevê que cada juiz apresenta suas próprias razões, em uma ordem preestabelecida. *Per curiam* significa que a Corte decidiu institucionalmente. Ambas podem ser deliberativas ou não. Uma decisão *seriatim* não deliberativa é o retrato da falta de esforço deliberativo. Ainda que antecedida por uma troca informacional, a comunicação é rasa e serve apenas como pressuposto para a votação. A decisão *seriatim* não deliberativa é uma colcha de retalhos: cada juiz profere sua decisão – um conjunto de decisões individuais coladas lado a lado. Não há como identificar a racionalidade da decisão, pois cada proposta tem seus próprios fundamentos.⁵² A decisão *per curiam* não deliberativa corresponde a uma decisão unitária, com a qual os demais juízes pouco se envolvem. Ela contém apenas as razões que um magistrado identificou e costuma ser exposta de modo hermético, formulaico, como ocorre no estilo francês tradicional.

Tanto a *seriatim* como a *per curiam* podem ser decisões efetivamente deliberadas. Se houver comprometimento dos componentes do órgão colegiado e empenho na escrita das razões, seja da Corte (*per curiam*), seja do relator ou relator designado (*seriatim*), uma

⁵² Neste sentido, oportuno destacar lição de Marinoni, para quem “Uma decisão plural [lê-se *seriatim*], ao não gerar uma *ratio decidendi*, não permite o desenvolvimento do direito. Quando há dúvida sobre a solução de uma questão de direito ou disputa a respeito da interpretação de um texto legal, qualquer decisão de que não seja capaz de formular *ratio decidendi* não é suficiente para definir uma regra ou um sentido para o direito, válidos para regular os casos futuros.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso* diante o novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 58).



deliberação colegiada é possível. É uma deliberação como as que as Cortes Supremas devem buscar e podem produzir os precedentes mais adequados. Com a redução do número de processos prevista, é factível exigir isso do STJ.

Há outras propostas recentes que promovem a participação e a deliberação nas Cortes. Destaca-se, em primeiro lugar, a contribuição de Paula Pessoa Pereira, que defende a necessidade de se reconhecer a função privada dos tribunais (a decisão de um caso concreto) e, a seu lado, uma função pública (a dimensão de criação de normas jurídicas). A partir dessa constatação, seria interessante revisar a competência dos tribunais superiores, limitando-os à revisão de decisões contrárias a seus precedentes e à definição de doutrina jurisprudencial inédita.⁵³ Já Edilson Vitorelli e José Ourismar Barros⁵⁴ examinam o direito à participação no processo coletivo e destacam os diferentes níveis possíveis de participação de interessados (notificação, informação, oitiva, influência, cooperação e codecisão), dedicando atenção, por exemplo, aos institutos das audiências públicas e da assistência técnica independente. Por fim, Luiz Guilherme Marinoni oferece um conjunto de técnicas decisórias endereçadas ao diálogo e à cooperação, defende o uso do poder de não decidir e examina, exaustivamente, a deliberação em plenário.⁵⁵

Há, portanto, uma série de propostas para tornar a deliberação nas cortes cada vez mais adequada. Quando no exercício da função de formação de precedentes, essas ferramentas precisam ser utilizadas, com especial preocupação para a redação da decisão escrita que, em última instância, será o elemento objetivo do precedente e, por isso, é o elemento mais relevante quando se considera o precedente como fonte.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo teve como objetivo examinar a Proposta de Emenda Constitucional nº 39, de 2021, sob três aspectos. Em primeiro lugar, o filtro da relevância permite ao STJ que

⁵³ PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 159.

⁵⁴ VITORELLI, Edilson; BARROS, José Ourismar. *Processo coletivo e direito à participação*. Salvador: Juspodivm, 2022. *passim*.

⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021., p. 309-330; p. 509-614; p. 615-683.



escolha, discricionariamente, os recursos especiais a serem julgados. Para o modelo das Cortes Supremas, essa faculdade é vista como um ponto positivo. Afinal, permite ao órgão definir sua própria agenda, organizar melhor o tempo e intervir seletivamente. A discricionariiedade também contribuiu para o desenvolvimento de uma mentalidade e de uma cultura de que a função do tribunal superior não é corrigir julgamentos das Cortes de Justiça.

O segundo ponto é o de que as decisões do STJ, em recursos especiais relevantes, formarão precedentes. Com fundamento na dupla função do processo, esses precedentes são fonte do direito independentemente do art. 927, do CPC. Esta conclusão decorre da função constitucional da Corte e da importância dos recursos identificados para julgamento.

Por fim, o artigo propôs mudanças estruturais e procedimentais para o STJ. A discricionariiedade do filtro da relevância permite que se abandone a jurisprudência defensiva. Essa escolha dos recursos relevantes reacende a necessidade de que a Corte tome decisões colegiadas. E, por formarem precedentes, as decisões devem permitir contestação pública, interação colegiada e decisão escrita deliberativa.

REFERÊNCIAS

ANDREASSA JR., Gilberto. *Precedentes judiciais e colegialidade: a reforma no procedimento deliberativo dos tribunais como pressuposto para uma efetiva aplicação dos institutos*. Londrina: Thoth, 2021.

ANDREASSA JR., Gilberto; PUGLIESE, William S. Jurisprudência defensiva nos tribunais superiores e o enfraquecimento de normas fundamentais do código de processo civil. In: ALVES, Lucélia de Sena; GOMES, Fernanda; BORGES, Souza (Org.). *5 anos de vigência do Código de Processo de 2015*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 129-144.

ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 jul. 2022.



- BRASIL. Emenda Constitucional nº 125, de 14 de julho de 2022. Altera o art. 105 da Constituição Federal para instituir no recurso especial o requisito da relevância das questões de direito federal infraconstitucional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc125.htm>. Acesso em: 21 jul. 2022.
- BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 21 jul. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1618579/SC. Relator(a): Min. Benedito Gonçalves. Julgamento: 19/03/2019. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJe 22/03/2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1401641/MG. Relator(a): Min. Luis Felipe Salomão. Julgamento: 25/06/2019. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 28/06/2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 435.853/SC. Relator(a): Min. Raul Araújo. Julgamento: 18/06/2019. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 28/06/2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1224551/AM. Relator(a): Min. Antonio Carlos Ferreira. Julgamento: 25/06/2019. Órgão Julgador: Quarta Turma. Publicação: DJe 01/07/2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Filtro de relevância do recurso especial vira realidade com a promulgação da Emenda Constitucional 125*. Brasília: STJ, 2022. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/14072022-Filtro-de-relevancia-do-recurso-especial-vira-realidade-com-a-promulgacao-da-Emenda-Constitucional-125.aspx>>. Acesso em: 21 jul. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *O plenário virtual na pandemia da Covid-19*. Brasília: STF, Secretaria de Altos Estudos, Pesquisas e Gestão da Informação, 2022.



- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1721705/SP. Relator(a): Min. Nancy Andrichi. Julgamento: 28/08/2018. Órgão Julgador: Terceira Turma. Publicação: DJe 06/09/2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 7: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/sumulas/1289710547/sumula-n-7-do-stj>>. Acesso em: 21 jul. 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 83: Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2009_5_capSumula83.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2022.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. PEC 39/2021. Altera o art. 105 da Constituição Federal para instituir no recurso especial o requisito da relevância das questões de direito federal infraconstitucional. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2306112>>. Acesso em: 21 jul. 2022.
- CHOPER, Jesse H.; FALLON JR., Richard H.; KAMISAR, Yale; SHIFFRIN, Steven H. *Constitutional Law: cases – comments – questions*. 10. ed. St. Paul: Thomson West, 2006.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Supreme Court. *Simon v. Eastern Kentucky Welf. Rights Org.* United States Reports, v. 426, p. 26. Washington: GPO, 1976. p. 38.
- GODOY, Miguel Gualano de; ARAÚJO, Eduardo Borges Espínola. A expansão da competência do plenário virtual do STF: colegialidade formal e déficit de deliberação. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 276-295, 2022.
- GOODHART, Arthur L. Determining the ratio decidendi of a case. *Yale Law Journal*, Yale, p.161-183, dez. 1930.
- HARTNETT, Edward A. Questioning Certiorari: some reflections seventy-five years after the judges bill. *Columbia Law Review*, New York, v. 100, n. 7, p. 1643-2000, nov. 2000.



- LUCCHESI, Guilherme; PUGLIESE, William S. Justiciabilidade nos Estados Unidos da América: limites à obtenção de uma decisão pela Suprema Corte. In: Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política. Precedentes judiciais, judicialização da política e ativismo judicial, 2., 2016, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: Arraes, 2016. v. 3. p. 115-127.
- MacCORMICK, Neil. *Rhetoric and the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.
- MacCORMICK, Neil. *Institutions of Law: an essay in legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- MacCORMICK, Neil. *Retórica e o estado de direito*. São Paulo: Elsevier, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas cortes supremas: precedente e decisão do recurso diante o novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo constitucional e democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- MELLO, Vitor Tadeu Carramão. A repercussão geral e o writ of certiorari: breve diferenciação. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro, n. 26, p. 139-146, 2009.
- MENDES, Conrado Hübner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *A tradição da Civil Law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MITIDIERO, Daniel. *Processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- PEREIRA, Paula Pessoa. *Legitimidade dos precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.



- PINTO, José Guilherme Berman C. O Writ of Certiorari. *Revista Jurídica da Presidência da República*, Brasília, v. 9, n. 86, p.87-103, ago./set. 2007.
- PUGLIESE, William S. A sobrevida da jurisprudência defensiva nos dois anos de vigência do Código de Processo Civil de 2015. *Revista Jurídica da Escola Superior da Advocacia do Paraná*, v. 3, p. 351-372, 2018.
- PUGLIESE, William S. A natureza jurídica do processo civil contemporâneo. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Barcelona, v. 2, p. 333-370, 2020.
- SCHAUER, Frederick. Formalism. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 97, p. 509-548, 1987.
- SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.
- SCHAUER, Frederick. *Pensando como um advogado*. Londrina: Thoth, 2021.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Pauta, público, princípios e precedentes: condicionantes e consequências da prática deliberativa do STF. *Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 22-56, jan./jun. 2021.
- TSEBELIS, George. *Atores com poder de veto: como funcionam as instituições políticas*. São Paulo: Editora FGV, 2014.
- TSEBELIS, George; GARRETT, Geoffrey. Agenda setting power, power indices, and decision making in the European Union. *International Review of Law and Economics*, v. 16, n. 3, p. 345-361, 1996.
- VITORELLI, Edilson; BARROS, José Ourismar. *Processo coletivo e direito à participação*. Salvador: Juspodivm, 2022.
- ZANETI JR., Hermes. *A constitucionalização do processo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- ZANETI JR., Hermes. O paradoxo de Humberto Ávila: o elogio da interpretação e a interpretação cética, moderada e responsável. In: MITIDIERO, Daniel; ADAMY, Pedro (Org.). *Direito, razão e argumento: a reconstrução dos fundamentos democráticos e republicanos do direito público com base na teoria do direito*. Liber Amicorum Professor Humberto Ávila. Salvador: Juspodivm/Malheiros, 2021. p. 135-160.



ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. Salvador: Juspodivm, 2021.