

**FORMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA NACIONAL
NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**



Sidnei Beneti
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

FORMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA NACIONAL NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
*Ministro Sidnei Beneti**

SUMÁRIO: 1.- O “Jubileu de Prata” do STJ na jurisprudência nacional; 2.-Jurisprudência do Tribunal; 3. Jurisprudência Nacional; 4.- Dificuldades na formação da jurisprudência nacional; 5.- A dispersão expositiva dos recursos; 6.- A forma das decisões e “colagem” por computador; 7.- Dimensões das petições recursais e anonimato de precedentes; 8.- Decisões unipessoais; 9.- Caráter dispersivo e fragmentário da organização judiciária e ausência de especialização; 10.- Mudanças de julgadores e “quorum” de julgamentos; 11.- Recursos “transversais” entre as unidades jurisdicionais; 12.- Falta da prévia “Conference”; 13.- Desistências recursais; 14.- Pautamento e intimação de julgamentos; 15.- Observância do Juízo Natural colegiado sem substituições episódicas; 16.- “Leave to appeal” ou filtros processuais de “irrecebilidade”, Recursos Repetitivos e o NURER-STJ; 17.- Seleccionabilidade e caráter nacional do julgamento de ação coletiva; 18.- Encerramento.

**1.- O “JUBILEU DE PRATA” DO STJ¹ NA
JURISPRUDÊNCIA NACIONAL**

Vinte e cinco anos de vida do Superior Tribunal de Justiça são pouco nos séculos de história do Brasil. Mas, no seu “Jubileu de Prata”, é visível

* Ministro do Superior Tribunal de Justiça; Doutor em Direito Processual pela Faculdade de Direito da USP; Professor Titular Aposentado de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo-SP; Ex. Presidente e Presidente Honorário da União Internacional de Magistrados UIM – Roma; Ex-Diretor-Presidente da Escola Nacional da Magistratura-AMB; Ex-Secretário Geral Executivo da Escola Paulista da Magistratura – e, permita-se registrar, ora “Decano de Exercício da Magistratura entre os Ministros dos Tribunais Superiores”, próximo, contudo, da idade compulsória (28.8.2014)!

a extraordinária contribuição do Tribunal à formação da jurisprudência na interpretação da lei federal para toda a sociedade brasileira – bastando lembrar a decisiva atuação na implantação do Direito do Consumidor no país², entre tantos temas³.

O conhecimento dos julgamentos do Superior Tribunal de Justiça é essencial para todos os profissionais do meio jurídico e para empresas e cidadãos. O acesso constante aos julgados do Tribunal, em pesquisas pelo “Site” da Corte, e a marcante presença desses julgados nos repertórios de jurisprudência demonstram a extraordinária relevância da orientação jurídica do Tribunal.

Quem tem olhos para ver, verá os julgados do Superior Tribunal de Justiça nas mesas e computadores de trabalho de todos os profissionais do meio jurídico. Verá que sobre eles se debruçam advogados, aconselhando os clientes na realização de contratos, na prática de atos

¹ Nos Vinte e Cinco anos do Tribunal, é tempo de agradecer aos seus extraordinários Servidores. Dedico o presente trabalho, com gratidão e afeto, aos queridos Servidores de meu Gabinete no Superior Tribunal de Justiça, que, com inextinguíveis dedicação e competência, têm comigo enfrentado a gigantesca carga de serviço. No meu primeiro ano no Tribunal (2008), foram julgados 20.853 votos e decisões monocráticas, o recorde até hoje no Tribunal; no ano de 2013, 18.063 julgados (decisões monocráticas e votos), a maior produção geral no ano; o Gabinete findou o ano com um acervo de apenas 1.715 processos; quando foram recebidos 11.189 processos novos no ano. Muito obrigado. Sidnei Beneti.

² V. SIDNEI BENETI: “O Fator STJ no Direito do Consumidor Brasileiro”, em PATRÍCIA GALINDO DA FONSECA, FABIANA D’ANDREA RAMOS E THIERRY BOURGOINGNIE, “A Proteção do Consumidor no Brasil e no Quebec: Diálogos de Direito Comparado”, Niterói, Editora da UFF, 2013, p. 301.

³ Relembre-se, p. ex., que o STJ vem concretizando a definição jurisprudencial relevante em múltiplos temas, como, no Direito Público, referentes ao INSS, tributos, matérias administrativas, improbidade administrativa, no Direito Privado, fornecimento de medicamentos e atendimento por planos de saúde, a massa infundável de questões bancárias, de sistemas corporativos de telefonia, proteção a crédito, concorrência, direitos autorais, patentes, o novo Direito de Família e o novo Direito das Sucessões etc, no Direito Criminal, relativas a novos tipos penais e direitos fundamentais no processo. E tudo sob a ainda não completada definição concreta de inúmeras questões constitucionais, sob necessário exame do STF como Corte Constitucional – de modo que o STJ, além da dificuldade de cotejamento dos preceitos das numerosas leis infraconstitucionais de todas as naturezas, vê, ainda, a todo o tempo, o trabalho duplicado pela atenção à provisoriedade da própria interpretação, ante a mutabilidade da aparente base constitucional, em fase de definição pelo Supremo.

jurídicos e na preparação para a litigância, o mesmo ocorrendo com os próprios agentes da vida jurídica no âmbito nacional e estrangeiro.

A previsibilidade da interpretação jurídica constitui anseio nacional, fator de estabilidade das relações sociais, econômicas, políticas e administrativas e elemento necessário ao desenvolvimento econômico e ao aprimoramento dos fatores civilizatórios profundos subjacentes na sociedade brasileira.

Nos vinte e cinco anos de vida do Superior Tribunal de Justiça, novas exigências e condições surgiram no meio judiciário nacional. A própria Magistratura veio a criar condições de observar o funcionamento do mecanismo formador da jurisprudência estável para todo o país. E inicia, agora, a Magistratura, a análise, por dentro, do próprio mecanismo processual do sistema em que vive. Bem-vinda a análise da Magistratura, naturalmente concreta, banido o nocivo teorismo nutrido de proposições, muitas das quais preconcebidas em abstrato! Lembra o certo relato de JOAQUIM NABUCO, contando que só pôde realmente compreender o sistema constitucional inglês pela leitura da obra simples de BAGEHOT⁴, que “não tem dessas intuições retrospectivas, dessas vistas gerais locais; o que tem é a compreensão, a adivinhação do maquinismo que vê funcionar. Tomando a Constituição inglesa como se fosse um relógio de catedral, outros saberão melhor a história desse relógio, modo da sua construção, as alterações por que passou, as vezes que esteve parado, ou explicarão o simbolismo das figuras que ele põe em movimento, quando o seu poderoso martelo bate as horas do dia; ele, porém, conhece melhor o mecanismo atual que simplifica, explicando-o”⁵.

Quanta falta fazem as obras judiciárias sistemáticas dos próprios magistrados brasileiros sobre o funcionamento detalhado do sistema

⁴ WALTER BAGEHOT, “The English Constitution”, London Edinburgh, Dublin, New York, Thomas Nelson & Sons, 1872.

⁵ JOAQUIM NABUCO, “Minha Formação”, Brasília, ed. Universidade de Brasília, 1963, p. 13 e seguintes.

judiciário – omissos em assistir impassíveis à análise de observação externa, forçosamente de superfície. Pode-se transpor a sabedoria de LAO-TSÉ para a conclusão de que, “se aquele que sabe não fala, falará quem não sabe”⁶.

Afinal de contas, como ocorre no tocante à ética judicial, em que tão necessário o abandono de proposições teóricas em prol da análise de situações concretas⁷, deve-se contribuir com observações também hauridas na observação concreta, ensejadas pela longa carreira do autor deste escrito⁸.

2.- JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL

A necessidade de formação de jurisprudência deriva diretamente da possibilidade de discrepância entre julgamentos individuais, em decorrência da individualidade de cada julgador.

Juízes divergem entre si, por mais imparciais e aplicados que sejam. JOHN ANTHONY MALTESE, em livro extremamente crítico, a começar do título (“The Selling of Supreme Court Nominees”), sobre os *Justices* da Suprema Corte dos Estados Unidos, assinala: “In theory, impartial judges who objectively apply the law according to established standards of interpretation should all reach the same ‘correct’ decision in cases that come before them. In practice, judges hold different

⁶ A frase original de LAO-TSÉ da “Regra Celestial” assim se formula: “Aquele que sabe não fala; aquele que fala, não sabe”.

⁷ Em uma das mais interessantes obras sobre ética judicial já publicadas, com a experiência de Magistrado, J. THOMAS adverte: “This is a practical subject. Problems of judicial conduct are best illustrated by actual rather than theoretical examples of behavior” (JAMES BURROWS. THOMAS, “Judicial Ethics in Australia”, Sydney, LBC Information Services, p. VII).

⁸ O autor tomou posse, aprovado em 2º lugar, no cargo de Juiz Substituto na Magistratura do Estado de São Paulo no dia 14.02.1972, como 2º Juiz Substituto de Rio Claro, depois, ante a extinção do cargo, havendo inaugurado o cargo de Juiz Substituto de Limeira; no Interior, morando com a família nas Comarcas, Palestina (1ª Entrância), Santa Cruz do Rio Pardo (2ª Entrância), 3ª Vara de São Bernardo do Campo, desdobrada para 3ª Vara Cível (3ª Entrância), Tribunal de Alçada Criminal (cerca de 7 anos), 1º Tribunal de Alçada Civil (cerca de 4 anos) e Desembargador por aproximadamente 10 anos do Tribunal Justiça (então com 112 Desembargadores), nas Seções de Direito Privado e Direito Público, cuja presidência inaugurou e exerceu por dois anos.

views about how to interpret legal texts. As human beings, judges are influenced, at least in part, by their backgrounds, personal predilections, and judicial philosophies. Quite simply, different judges often reach very different conclusions when confronted with the same case”⁹.

É necessário formar jurisprudência estável para todo o país na interpretação da lei infraconstitucional. Para isso foi criado o Superior Tribunal de Justiça. Os arts. 104 a 105 da Constituição Federal dispõem a respeito do Superior Tribunal de Justiça, organizando-o como Corte nacional competente para a interpretação da lei infraconstitucional. Quer dizer que deve, o STJ, realizar a depuração, mediante confronto dos julgados que se proferem em todo o País pelos diversos juízos e tribunais estaduais e federais para, em operação de abstração, ao exame de precedentes individuais, realizar a extração do sentido essencial da interpretação dos textos das leis infraconstitucionais.

A operação é tipicamente de Lógica Formal, integrando o largo espectro da consequencialidade das ideias e termos, em que se funda toda a congruência, ou, tecnicamente, a consequencialidade, do raciocínio humano. A jurisprudência funda-se na operação mental de abstração, ou seja, em vários precedentes individuais isola-se a *substância*, o que *sub+está*, a essência, e na substância é que se situa a jurisprudência. Mecanismo mental, pois, de abstração. Na frase lapidar de GOFFREDO DA SILVA TELLES JR, “*abstração* é palavra que designa o ato intelectual de separar o que é sempre o mesmo, em cousas que são diversas. Designa o ato de pôr de lado o que individualiza os seres singulares e reais, e de ficar com o que é comum a esses mesmos seres. Ou, ainda, o ato de descobrir, de delivrar, nos seres do mundo real, os tipos de ser que eles realizam. Abstração é, em suma, o ato de libertar o universal da ganga dos elementos individualizadores. E esse universal é que constitui a *ideia*”¹⁰.

⁹ JOHN ANTHONY MALTESE, “The Selling of Supreme Court Nominees”, Baltimore and London, the Hopkins University Press, 1995, p. 117.

¹⁰ GOFFREDO DA SILVA TELLES JR, “Curso de Lógica Formal – Tratado da Consequência”, São Paulo, José Buschatsky Editor e Editora da Universidade de São Paulo, 3ª. ed., 1973, p. 21.

A função do Superior Tribunal de Justiça, como Corte nacional, no sistema de organização judiciária do país, consiste em, pela operação de abstração à análise dos precedentes individuais, extrair a ideia universal jurídica que constitui a jurisprudência.

Vê-se que o Superior Tribunal de Justiça possui missão constitucional muito mais profunda que a por vezes erroneamente imaginada de julgar conflitos individuais trazidos pelos jurisdicionados. Acima de cada litígio unitário e além do interesse de cada litigante, compõe o Superior Tribunal de Justiça a visão panorâmica do conjunto. Em outras palavras, exige-se a visão de toda a sociedade que frequenta os autos vindos a exame no Superior Tribunal de Justiça.

Daí se segue que o julgamento do Superior Tribunal de Justiça é de interesse, antes de mais nada, de toda a sociedade brasileira. Quando as partes trazem o caso ao Superior Tribunal de Justiça, buscando a reforma do julgado do tribunal de origem, que as desfavoreceu, fazem-no implicitamente pedindo, em primeiro lugar, a proclamação da jurisprudência para toda a sociedade nacional e, apenas em segundo lugar, a reforma do julgado para que o julgamento que as desamparou seja corrigido de acordo com a jurisprudência, que se proclame.

As partes e seus Advogados, evidentemente, em regra não mentalizam esse processo ínsito aos recursos trazidos ao Tribunal. Mas ele é a essência, ou, tecnicamente, a categoria, no sistema.

A proclamação da jurisprudência pelo Superior Tribunal de Justiça não se realiza, imediatamente, no interesse das partes, mas, sim, de toda a sociedade, embora mediatamente é que declara o direito das partes – substituindo-as, como está em CHIOVENDA, na interpretação concreta do texto abstrato da lei, a elas, que, em lide, não conseguem espontaneamente interpretá-lo sem a judicialização.

3.- JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

Aí se situa, com precisão, a noção de jurisprudência. Precedentes são individuais; jurisprudência é o extrato essencial dos precedentes

individuais, ou seja, descartam-se as acidentalidades dos precedentes individualmente considerados e isola-se o núcleo essencial presente em todos, isto é, o sentido da jurisprudência, vale dizer, o sentido da interpretação da lei que deve prevalecer para a sociedade nacional. A lei, que é abstrata, passa a se explicitar para os casos concretos ocorrentes na sociedade. Estabelecer a jurisprudência, essa é a missão constitucional do Tribunal – a formação da jurisprudência.

E ainda que não fosse a missão constitucional, mesmo que não existisse uma Constituição Federal escrita a incumbir o Tribunal de tal encargo, ainda assim um Tribunal de características nacionais, a proferir julgamentos para todo o Estado, sempre teria a finalidade de formação de jurisprudência. É o que ocorre, por exemplo, no Reino Unido, em que jamais houve Constituição escrita, mas em que o grupo dos *Law Lords*, integrantes da Câmara dos Lordes, por vários séculos, vem estabelecendo o que se entende por jurisprudência nacional, apenas recentemente se criando uma Corte Constitucional¹¹.

Não escapou, aliás, à abissal profundidade do pensamento de ARRUDA ALVIM, sempre benfazejo em oferecer a imensa cultura, à intelectualidade jurídica, que, além do Supremo Tribunal Federal, também os demais Tribunais Superiores proclamam o Direito para toda a sociedade: “É nesta segunda perspectiva, em grau máximo, que se inserem, por excelência, especialmente as decisões do STF, o que, ainda que em menor escala, ocorre com tribunais de cúpula”, assinalando que “esta é a razão em virtude da qual tais pronunciamentos

¹¹ Sobre sistemas processuais, excelente introdução está em JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI (Org.), “Direito Processual Civil Europeu Contemporâneo”, Lex Editora, São Paulo, 2010), com cuidadas exposições de FÁBIO PEIXINHO GOMES CORRÊA, JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, HEITOR VITOR MENDONÇA SICA, RICARDO DE BARROS LEONEL, GUILHERME JOSÉ BRAZ DE OLIVEIRA, LIONEL ZACLIS, LUIZ EDUARDO BOAVENTURA PACÍFICO, GLÁUCIA MARA COELHO e JOSÉ RUBENS DE MORAES dos Direitos Processuais Cíveis alemão, belga, espanhol, francês, grego, holandês, inglês, italiano, português e suíço. Também: JOHN BELL, Org, “Judiciaries within Europe”, “Cambridge University Press, Cambridge, 2006, com informes sobre Judiciários francês, alemão, espanhol, sueco e inglês.

– independentemente da repercussão social – exorbitam do interesse das partes, projetando-se para toda a sociedade a verdade do seu entendimento e nesta influindo”¹².

4.- DIFICULDADES NA FORMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

A proclamação da jurisprudência nacional pelo Superior Tribunal de Justiça vem sendo dificultada por numerosa série de fatores, alguns externos a ele e outros internos – muitos anteriores ao ingresso do processo no Superior Tribunal de Justiça.

Pode-se, com propriedade, falar na ocorrência, atualmente, de obstrução da missão constitucional de formação da jurisprudência nacional, ou em situações de perda da oportunidade de firmar a jurisprudência nacional, o que provoca o terrível efeito da alimentação interminável do recorrer repetitivo ao Superior Tribunal de Justiça, vindo a ele milhares de recursos com a mesma matéria, que já devia, antes, ter sido julgada, e muitas vezes já o terá sido, ao início da formação de verdadeira “*macro-lide*” nacional¹³.

Alinham-se, a seguir, os principais focos de dispersão da jurisprudência e entraves à formação célere de jurisprudência estável para o país por intermédio do Superior Tribunal de Justiça.

5.- A DISPERSÃO EXPOSITIVA DOS RECURSOS

¹² “A EC n. 45 e o Instituto da Repercussão Geral”, em TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, LUIS RODRIGUES WAMBIER, LUIZ MANOEL GOMES JR, OCTÁVIO CAMPOS FISCHER e WILLIAM SANTOS FERREIRA, Organizadores, “Reforma do Judiciário - Primeiras Reflexões sobre a EC n. 45/2004”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p. 83.

¹³ Sobre “macro-lide”, o termo foi usado pela primeira vez no Direito brasileiro, pelo autor, em escrito de 2006, SIDNEI BENETI, “Assunção de Competência e *Fast-Track* Recursal”, em FLÁVIO YARSELL e MAURÍCIO ZANOIDE, Coordenadores, “Estudos em Homenagem a Ada Pellegrini Grinover”, Ed. DPJ, 2005. DPJ, 2005, p. 799-799. Na jurisprudência, o termo foi usado também pela primeira vez no julgamento de caso de reposições inflacionárias em Cadernetas de Poupança, diante de Planos Econômicos (REsps n. 1.107.201/DF e 1.147.595/RS – Dje 6.5.2011 – Rel. Min. SIDNEI BENETI).

Constitui verdadeira praga que vem dos séculos a dispersão da caracterização do que se pretende em juízo no Brasil. O problema se inicia em primeiro grau, em que as petições passaram a oferecer ao Poder Judiciário pretensões desprovidas de objetividade concreta, de tal maneira que se implanta no sistema verdadeira opacidade de entendimento das pretensões e de seus fundamentos a partir do momento em que incoada a ação.

Acrescente-se a inexistência de limitação legal à dimensão do escrito recursal¹⁴ disposto e ajunte-se a inexigibilidade de atendimento de regras expositivas formais, apenas o sistema se contentando com determinações genéricas vindas do Código de Processo.

Por exemplo, os pedidos, em grande parte dos processos, não são certos e determinados, mesmo quando deduzidos com essa pretensão. O teste claro se realiza pela resposta à seguinte pergunta: será exequível a sentença que simplesmente transcrever os termos do pedido constantes da petição inicial? Ou: necessitará de mais atividades concretizadoras e determinadoras, que restem ao deslinde jurisdicional e, conseqüentemente, passíveis de dispersão interpretativa? .

Tal opacidade se propaga ao recurso, tornando-o de difícil enfoque. Abandona-se, em inúmeras vezes, o primeiro requisito redacional do recurso, que é a comunicação direta ao julgador, que deve ser facilitada. THEOTÔNIO NEGRÃO já advertiu que o Juiz, sempre sobrecarregado de escritos para ler, não é um bom leitor, de modo que se deve chegar a ele com linguagem direta, simples e clara¹⁵. E em didática série expositiva, sugestivamente denominada “A Orelha do Juiz”, LOUIS LeBEL explicou como deve ser apresentado o recurso

¹⁴ Dimensão excessiva muitas vezes justificada por fundo temor de não conhecimento, devido a incidências de Súmulas restritivas, como as relativas a fatos (Súmula 7/STJ), a matéria contratual (Súmula 5/STJ) e, ainda, à ansiedade de prequestionamento – que, aliás, provoca enorme quantidade de Embargos de Declaração nos Tribunais de origem, tornando mais difícil a compreensão do recurso, dada a quantidade de escritos para confrontar.

¹⁵ THEOTÔNIO NEGRÃO, “A Linguagem do Advogado”, Rev. de Processo, São Paulo, Rev. dos Trib., vol. 49/83.

à Corte Suprema do Canadá, enquanto que LOUISE MAILHOT igualmente o fez relativamente à Corte de Apelação, finalizando, com elegante citação de Voltaire, que “L’oreille est le chemin du coeur”, e que “pour les juges, c’est aussi le chemin du discernement et celui qui mène au jugement”, de modo que “les avocats ont donc avantage ‘a se faire entendre et bien comprendre à toutes les étapes du procès d’appel devant la Cour d’appel s’ils veulent avoir quelque chance de succès”¹⁶.

Diferentemente dos sistemas mais consistentes e apropriados à formação célere de jurisprudência estável, os recursos dirigidos aos Tribunais Superiores, nas diversas modalidades, não separam a exposição dos fatos daquilo que é essencial ao entendimento e necessário a determinar o extrato da pretensão recursal, que é, recorde-se, a interpretação da Lei nacional – e não o reexame de toda a controvérsia deduzida desde o início do processo¹⁷.

Repita-se que não se exige que haja, destacadamente, capítulo inicial do recurso, referente à exposição dos fatos¹⁸, tal como resultam dos julgados, para, em novo capítulo isolado, deduzir-se a confrontação interpretativa dos dispositivos legais.

A exposição recursal termina sendo complexa, sinuosa, passando à mistura da narrativa dos fatos com a referência aos dispositivos legais, e termina com a solicitação da justiça, em vez de findar-se, como se exige em tantos sistemas estrangeiros, que determinadas disposições legais sejam interpretadas na forma resumida pelo recorrente. A diferença é

¹⁶ LOUIS LeBEL et PIERRE VERGE, “L’Oreille du juge”, “études à la mémoire de M. Robert P. Gagnon”, Cowansville, Québec, Les Éditions Yvon Blais Inc, 2007, p. 123.

¹⁷ EGON SCHNEIDER destaca que tantas vezes a própria parte ao ajuizar não imagina as dificuldades do processo que iniciam: “Gerade der Anfänger ahnt nicht, welche Schwierigkeiten sich ihm in den Weg stellen können, wenn er bei Beginn seiner Arbeit den Klageantrag nicht genau prüft” (“Richterliche Arbeitstechnik”, München, Verlag Franz Vahlen, 1991, p. 9-10).

¹⁸ Fatos – “What happened? that is a crucial question, in all cases. If the parties agree on the facts, the judge can apply the law and give a judgement. If, however, the parties disagree on the facts, the method of finding facts that has been developed by the legal system must be used” (FREDERICK G. KEMPIN, JR, “Historical Introduction to Anglo-American Law”, St. Paul, Minn. West Publishing Co, 3ª ed., 1990, p. 48).

marcante se tomarmos, por exemplo, as petições de recursos que vêm para as Cortes Supremas dos Estados Unidos da América, Canadá, Austrália, Nova Zelândia, a que se agregam os demais países integrantes do mesmo sistema.

Uma petição de recurso para a Corte Suprema desses países obrigatoriamente observa modelo-formulário, em que devem ser expostos, em espaços precisamente determinados e instituídos por norma regulamentar¹⁹, o resumo de qual foi a interpretação da lei dada ao caso concreto, e isso não raro com número de caracteres obrigatoriamente observável, e, a seguir, em espaço separado, a indicação precisa, também sobre números de caracteres determinados, de como, exatamente, como se fosse um dispositivo preciso de sentença, o recorrente sustenta que deva ser decidido.

Note-se que, em um sistema como esse, a pretensão à proclamação do direito nacional se ajusta, afina-se, não se dispersa, como que conduzindo, afinal, a uma dicionarização de verbetes, que passam, posteriormente, a ser de fácil entendimento para todos os profissionais do Direito – magistrados, advogados e os demais – bem como para todos os cidadãos que se envolvem na prática de atos jurídicos na vida.

A diferença do sistema se torna evidente à simples leitura das petições nacionais e estrangeiras e aludido sistema.

6.- A FORMA DAS DECISÕES E “COLAGEM” POR COMPUTADOR

Notável no Brasil a aptidão dispersiva do resumo final das decisões que constituíam os precedentes dos tribunais. Instituiu-se um sistema

¹⁹ Entre os Regulamentos de recursos para as Cortes Superiores, talvez o mais notório e eficiente seja o instituído pela chamada “Reforma TAFT” da Corte Suprema dos Estados Unidos (cf. PETER G. FISCH, “William Howard Taft and Charles Evans Hughes: Conservative Politicians as Chief Judicial Reformers”, em “the Supreme Court Review”, 1975, by Philip B. Kurland (1976), pp. 123-45; Chicago, University of Chicago Press).

por ementas²⁰, que, se por um lado facilita o trabalho, por outro se prestam, em nosso sistema, a marcante dispersão, com a gravidade de legalmente remontarem à redação do próprio relator.

As ementas, elaboradas, sob diferentes estilos e enfoques, pelo relator de cada um dos julgados, não se apresentam com redação uniformizada, de maneira que a confrontação das ementas impõe inserção de operação interpretativa entre elas. E elas, as ementas, que deveriam sintetizar os julgamentos, visto que redigidas diferentemente em cada um dos julgados, acabam alimentando a aporia do sistema, servindo de pretexto argumentativo para apresentação como se fossem diferentes de julgados que, no fundo, são idênticos²¹. Mesmo quando constantes da mesma folha de papel dos julgados, como ocorre, por exemplo, nos julgamentos das Cortes Supremas (Federal e Estaduais Norte Americanas), as ementas não podem ser citadas nas pretensões das partes, nem nos Acórdãos dos julgadores – tanto que essa observação vem com todas as letras em cada um dos julgados da Corte Suprema dos Estados Unidos.

O recente fenômeno da “colagem”, de precedentes e de doutrina, nas petições e julgamentos, prejudica em muito a congruência jurisprudencial, pois os casos tantas vezes são tratados desindividualizados, deixando-se de lado o “mergulho” no caso, para a busca do núcleo substancial do caso! A “colagem”, contudo, implantou-se no sistema judiciário da atualidade, tornada imprescindível ante a imensa massa de trabalho que frequenta as mesas de todos os profissionais do Direito – inclusive Advogados e Magistrados.

²⁰ Nas jurisdições estrangeiras, a ementa (“syllabus”, headnote), evidentemente, não integra o julgamento, nem pode ser citada por si só. Os impressos de julgados da Suprema Corte dos Estados Unidos expressamente advertem: “Note: Where it is feasible, a syllabus (headnote) will be released, as is being done in connection with case, at the time the opinion is issued. The syllabus constitutes no part of the opinion of the Court but has been prepared by the Reporter of Decisions for the convenience of the reader. See *United States v. Detroit Lumber Co*, U. s. 321.337”.

²¹ Ementas nos sistemas mundiais não integram os julgados; são, em verdade, originárias da necessária catalogação dos julgados para busca nos repertórios de jurisprudência; originam-se, portanto, da obra de editores de repertório de jurisprudência, e não de julgadores, de modo que não se aparentam como proclamação estatal de julgamento.

Em verdade, o problema judiciário nacional situa-se na imensa quantidade de processos, sem dúvida, nos Tribunais recursais, a maior do mundo – sendo tudo o mais consequência dessa distorção.

7.- DIMENSÕES DAS PETIÇÕES RECURSAIS E ANONIMATO DE PRECEDENTES

Recursos para Tribunais Superiores, nos sistemas recursais mais eficientes, forçosamente obedecem a número limitado de caracteres, estabelecido por lei ou norma regulamentar. Evita-se a dispersão da escrita e a aparência para o leigo de que o escrito longo mais fundamenta, quando, na verdade, é da experiência comum, que mais dispersa e desserve à boa causa, fazendo com que o julgador se perca na análise da questão, valendo muito em Juízo a célebre advertência de HEGEL, de que “quem exagera no argumento perde a causa”.

E, ainda, muitos sistemas estrangeiros prosseguem, obrigando a anexação de apenas extrato de “*leading cases*”, banida, sempre, a transcrição integral de precedentes multitudinários – até porque, afunilada a controvérsia, os precedentes se tornam em número reduzido, de forma que passam a ser conhecidos por todos os usuários do sistema jurídico. Além disso, precedentes para serem atendidos é necessário que se identifiquem de imediato, *icto oculi*, como os seres humanos se identificam por seus nomes. Daí se segue que, em sistemas mais precisos, os precedentes têm realmente nome que são os nomes das partes, reais ou fictícias para o caso, a eles dados²².

²² V. decisões históricas da Corte Suprema dos Estados Unidos, em JAMES DALEY, “Landmark Decisions of the U.S. Supreme Court, Mineola, NY, Dover Publications, Inc., 2006, com reproduces integrais dos Leading Cases “Marbury v. Madison (1803), Dred Scott v. John E. A. Sandford (1856), “Plessy v. Ferguson” (1896), “Brown v. Board of Education” (1954 e 1955), “Engel v. Vitale (1962), “New York times Co. v. Sullivan” (1964), “Miranda v. Arizona” (1966), “Roe v. Wade” (1973), “Bush v. gore” (2000) e “Gratz v. Bollinger” (2003). Todos os casos são identificados pelos nomes, o que facilita a memorização pelo meio jurídico e pela população, diferentemente do que ocorre no Brasil, em que os casos são indicados pelos números do recurso ou do repertório de jurisprudência, tornando-se obscuros e desconhecidos.

É marcante a diferença na opacidade intelectual dos precedentes no caso brasileiro. Os precedentes são referidos por números dos processos ou, por vezes, números de volume e páginas dos repertórios de jurisprudência que os reproduziram. Dificilmente se encontrará quem, de memória, entre os especialistas do assunto, os identifique. É impossível o conhecimento do conteúdo dos precedentes pelos usuários jurídicos comuns não especializados, da mesma forma que inimaginável pensar no conhecimento dos precedentes pela população em geral²³.

8.- DECISÕES UNIPESSOAIS

Impossível exagerar a relevância da atuação do Relator no sistema de julgamento nos Tribunais nacionais²⁴ – diferentemente do que ocorre em sistemas estrangeiros em que efetivamente nem se destaca a figura do Relator, registrando-se, apenas, o redator final do julgamento, após o debate integral do caso entre todos os julgadores, algo, permita-se a simplificação comparativa, à moda da ata final do julgamento.

O *monocratismo* que veio a se instaurar no sistema dos Tribunais Superiores brasileiros é extremamente nocivo à formação de

²³ A identificação pelo nome das partes não interfere em nada no devassamento de privacidade, pois, mesmo nos sistemas mais abertos em que se indicam os nomes das partes em toda e qualquer questão criminal ou cível, inclusive de família, podem, por vezes, ser criados, diante de necessidade específica do caso, nomes fictícios (por exemplo, a Sra. Roe, de Roe versus Wade, pretendente ao aborto, não tinha esse nome).

²⁴ WANESSA DE CÁSSIA FANÇOLIN detém-se, com o socorro do extraordinário BARBOSA MOREIRA, sobre o fenômeno atual do monocratismo ao analisar o poder do Relator: “Ainda que não fossem as inovações trazidas pela legislação, conferindo poderes ao relator para até mesmo dar ou negar provimento ao recurso, isoladamente, de qualquer maneira a figura do relator é de fundamental importância. Segundo BARBOSA MOREIRA (“Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado”, Revista de Processo, vol. 75, pp. 20-21): “(...) em determinadas hipóteses, a própria escolha do relator já ministra dados para um juízo de probabilidade acerca do futuro resultado (...). Elaborar o relatório, sobretudo em feitos complexos, é tarefa de incedível delicadeza. O relatório pode ser completo ou lacunoso, longo ou breve, minucioso ou resumido, bem ou mal ordenado, cristalino ou obscuro, objetivo ou tendencioso: em qualquer caso marcará de uma forma ou de outra, o julgamento” (“A Ampliação dos Poderes do Relator nos Recursos Cíveis”, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 30).

jurisprudência estável e a tal nocividade não escapa às decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Sem dúvida, nas condições atuais do número gigantesco de processos admitidos no Tribunal, tornou-se indispensável a decisão monocrática, à vista da impossibilidade de submeter a julgamento colegiado todos os recursos apresentados. Mas um bom sistema banirá, um dia, o monocratismo, retornando-se à inexcusável vantagem do julgamento colegiado, em que o pensamento final da Corte certamente difere da opinião individual inicial de cada um de seus componentes – lembrando-se que é para isso, para a coletividade, que os Tribunais são compostos de mais de um julgador, quando, se não fosse para isso, muito mais econômico para o Estado e menos dificultoso para o trabalho, seria o julgamento do recurso por um único julgador.

As sucessivas decisões monocráticas, na verdade dispersam a formação da jurisprudência e o próprio foco do caso – mormente se a elas somadas decisões de Embargos de Declaração. Amadurecidas exclusivamente na consciência de cada julgador, fazem-no depositário de um imenso risco, seja na apreensão individual do caso à única leitura isolada, seja no conhecimento das normas jurídicas, limitado à sua formação especializada e pessoal, seja, por fim, na exposição escrita ou verbal do julgado, com todas as naturais dificuldades de expressão, quer dizer, da tradução do pensamento em palavras.

Quanta dificuldade para a interpretação da jurisprudência nacional não resulta da verdadeira selva monocrática que subjaz nos julgamentos nos Tribunais, inclusive do Superior Tribunal de Justiça!

9.- CARÁTER DISPERSIVO E FRAGMENTÁRIO DA ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA E AUSÊNCIA DE ESPECIALIZAÇÃO

A organização interna do Tribunal constitui dado essencial para a formação rápida de jurisprudência segura e estável. A esse respeito,

registram-se no mundo duas espécies de cortes²⁵: as Cortes mínimas, de que são exemplo as Cortes Supremas dos Estados Unidos e congêneres de *Common Law*, e as Cortes máximas, de que são exemplo a Corte de Cassação italiana, a Corte de Cassação francesa e o Tribunal Federal alemão.

Nas Cortes mínimas, todos os seus integrantes participam ativamente do julgamento de todas as matérias, de maneira que a decisão tomada adquire admirável consistência, dada a participação de todos os seus integrantes nos debates e na redação final do julgado – redação essa discutida minuciosamente por todos, os quais todos assinam o Acórdão final do julgado.

Nas Cortes maximalistas, entre elas as dotadas de maior eficiência, o mecanismo é o da especialização²⁶. Conquanto muito se discuta a respeito da especialização²⁷ de unidades fragmentárias de tribunais compostos de numerosos integrantes (maximalistas), é ela uma constante nos tribunais que realmente mais se destacam pela qualidade

²⁵ Ver SIDNEI BENETI, “Doutrina de Precedentes e Organização Judiciária”, em “Processo e Constituição - Estudos em Homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira”, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, páginas 473/487.

²⁶ Por exemplo, na Corte Federal alemã, cada unidade fracionária (“Senado”, equivalente a Câmara ou Turma) especializada julga assuntos específicos, de modo que jamais ocorre a duplicidade de julgamentos concorrentes a respeito da mesma matéria, o que torna impensáveis Embargos de Divergência – e, ainda, por se reduzir o número de casos, não restam pontos passíveis de Embargos de Declaração, sendo raríssimos os casos em que necessária alguma correção (como, por exemplo, erro matemático ou erro de data do julgamento!).

²⁷ “Most european courts are specialized (labor courts, criminal courts, etc), and specialists tend to share the premises of analyses and decision, enabling them to derive conclusions by logical processes. Specialist courts also do not have to worry about adapting the rules and principles of one area of law to another. American judges at this moment are wrestling with adapting our normal law of criminal procedure to the special challenges presented by the struggle against international terrorism. they are rebalancing public safety and civil liberties in light of the perceived increase in danger. A European nation can if it wants deal with the problem by establishing a special court for terrorist cases. (We could do that too, but it would be a departure from the American tradition of generalist judges.) the judges of such a court could formulate doctrine for their specialized jurisdiction without having to rethink broader principles” (RICHARD A. POSNER, “How Judges think”, Cambridge, Massachusetts, London, England, Harvard University Press, 2008, p. 264).

e celeridade dos julgamentos – como o Bundesgerichtshof alemão – e absoluta necessidade nos tempos atuais, como reconhece, por exemplo, até mesmo um crítico notório, temente da transposição às Cortes colegiadas do personalismo subjetivo no julgamento, ANTOINE GARAPON, histórico professor da Escola Nacional da Magistratura francesa: “Alors qu’en Amérique chaque juge a son nom à l’entrée de sa sale d’audience et sur son bureau, une proposition de loi vient de réclamer en France l’interdiction de mentionner dans la presse le nom des juges pour lutter contra le ‘protagonisme’ judiciaire” (pág. 154) (...) “La justice française résiste beaucoup à la personnalisation de la fonction judiciaire. La conception française de la collégialité – et le refus des dissent opinions – est révélarice de cette méfiance à l’égard de la personnalisation de l’acte de juger. Le mystère et le secret qui entourent le délibéré entretiennent le mythe d’une decision produite par un collègue et non par un home. Mais aujourd’hui, en raison de la surcharge de travail, le délibéré n’existe plus dans les faits dans les juridictions civiles du premier degree: il est devenu un luxe que l’on ne peut se permettre qu’en appel, voire en cassation! Le droit français ne se résout toujours pas à en prendre acte”²⁸.

No caso do Superior Tribunal de Justiça, a dispersão é notável. Duas Turmas em cada uma das Seções podem julgar de formas diametralmente opostas, devendo-se aguardar, depois, a interposição de embargos de divergência para que a orientação se estabilize; e, além disso, em algumas situações pode haver julgados da Corte Especial, diferentemente de julgados das Turmas ou Seções, fenômeno correntio em matéria processual, que permeia todas as Seções do Tribunal.

Dessa diversidade de enfrentamento das questões pelo Tribunal por unidades diversas resulta que um caso absolutamente idêntico a outro pode terminar com julgamentos diametralmente opostos se realizado por uma Turma ou outra, e se não interpostos recursos de embargos

²⁸ ANTOINE GARAPON, “Bien Juger”, Editions Odile Jacob, Paris, 1997, pág. 155.

de divergência, por qualquer motivo, inclusive devido a vicissitudes processuais como a não interposição de recurso devido à perda de prazo ou impossibilidade de pagamento de custas. Daí se segue que, imaginem-se vizinhos com mesma espécie de questão jurídica podem haver recebido julgamento final do mesmo Tribunal de formas diversas; ou, pior, pessoas prisioneiras no mesmo cárcere podem receber penas diferentes, pelos mesmos fatos, inclusive, por vezes, integrando o mesmo grupo delinquencial como coautores do mesmo delito.

Como se vê, a interpretação da lei nacional prejudica-se enormemente pela complexidade justapositiva da organização judiciária interna dos tribunais, como se dá no Superior Tribunal de Justiça²⁹.

10.- MUDANÇAS DE JULGADORES E “QUORUM” DE JULGAMENTOS

Mudança de julgadores no colegiado sempre põe em risco a estabilidade da jurisprudência. Com os olhos na Corte Suprema dos Estados Unidos, já se apontou: “There concerns have been made especially timely by the starting (the naive) right turn by the Supreme Court in its latest term (ending June 2007). The turn resulted from the replacement of t a moderately conservative Justice (O’Connor) by an extremely conservative one (Alito), and so underscores the question of the personal and political elements in judging ant thus of the sense in which the nation is ruled by judges rather by law. If changing judges, changes law, it is not even clear what law is”³⁰. No Brasil, a mudança de dois Ministros do Supremo Tribunal Federal, com as aposentadorias dos Ministros CÉZAR PELUSO e AYRES BRITTO, veio a ensejar drástica alteração no entendimento da configuração do crime de quadrilha, no

²⁹ Questões semelhantes podem ocorrer também no Supremo Tribunal Federal, mas, naturalmente, em número mais reduzido, devido às dimensões menores no STF, especialmente pelo fato de possuir apenas duas Turmas, no lugar das seis Turmas integrantes do Superior Tribunal de Justiça.

³⁰ RICHARD A. POSNER, “How Judges think”, Cambridge, Massachusetts, London, England, Harvard University Press, 2008, Introduction, p. 1.

juízo da Ação Penal n. 470³¹. Devia haver previsão legal de que julgadores participantes do início do julgamento nele permanecessem até o fim, ainda que aposentados – ressalvados apenas, evidentemente, casos de incapacidade física ou moral como ocorria com a vinculação estrita, em obediência ao princípio da identidade física do Juiz, sob o Código de Processo Civil de 1939³². E o corolário também devia ocorrer: não admissão de votação no julgamento por parte de integrante da Corte que não houvesse participado de todo o desenrolar da sessão de julgamento, inclusive a ouvida de relatório e sustentações orais, não se admitindo o voto “por julgar-se habilitado para o caso”.

A longa permanência dos Magistrados no cargo, ademais, é essencial à estabilidade da Justiça. Os Estados Unidos prestigiaram a vitaliciedade absoluta, até a morte, incapacidade física ou moral ou aposentadoria voluntária. Mandatos certos ou períodos curtos são um perigo para a sociedade. ALIOMAR BALEEIRO, aliás, relatando a profícua permanência de MARSHALL na Corte Suprema dos Estados Unidos, bem ressaltou a importância da longa duração do exercício do cargo: “Nesses 34 anos, MARSHALL conseguiu aplacar as suscetibilidades e ciúmes dos outros ministros, que aceitaram sua liderança na obra gigantesca e audaz de reivindicar o que se convencionou chamar de ‘supremacia judicial’ e, que, em nosso século, foi estigmatizado como ‘o Governo dos juízes’. Por outras palavras, coube à tenacidade, ao talento, à intuição política e a outros dons raros desse estadista convertido em juiz a tarefa de firmar o papel político da Corte, hoje pacificamente reconhecido, e a glória de, a despeito de todos os pecados dele, haver utilizado esse papel na cimentação da unidade nacional, modificando o próprio espírito da Constituição, a fim de que permitisse o quadro de

³¹ Processo de grande notoriedade, conhecido como “Caso do Mensalão”.

³² CPC/1939, art. 120. O juiz transferido, promovido ou aposentado concluirá o julgamento do processo cuja instrução houver iniciado em audiência, salvo se o fundamento da aposentadoria houver sido a absoluta incapacidade física ou moral para o exercício do cargo”.

nossos dias – uma potência mundial alicerçada no *motto* ‘*Pluribus in unum*’, a diversidade dentro da unidade”³³.

Mas a instabilidade jurisprudencial não se dá apenas no caso de aposentadoria ou morte do julgador. Também no decorrer do julgamento pode haver mudanças na composição do colegiado, estas de todo evitáveis, bastando adequada previsão restritiva de mudanças, na organização judiciária ou no Regimento Interno da Corte.

No caso específico do Superior Tribunal de Justiça, ainda, extremamente dispersiva da orientação jurisprudencial é a tomada do julgamento com diferentes integrantes da Turma, Seção ou Corte Especial. A variação de presenças, perfeitamente possível, ante à exigência exclusivamente do “quorum” para julgamento, pode alterar significativamente o resultado final da interpretação da lei.

Ademais, é preciso lembrar que a vontade final do Tribunal não se forma jamais em matéria jurisdicional, pois o Tribunal Pleno (a Plenária, composta dos 33 Ministros) não possui funções jurisdicionais, visto que a última palavra em matéria jurisdicional é reservada à Corte Especial, integrada esta exclusivamente pelos 15 magistrados mais antigos do Tribunal – e sendo possível a substituição eventual por outros. Vem daí perfeitamente possível que questão criminal especializada seja julgada por maioria de magistrados afeiçoados ao dia a dia cível de Direito Privado ou de Direito Público, ou também possível o contrário: que, dada a formação por antiguidade, predomine grupo de magistrados da área criminal ou de Direito Público a julgar questões de família ou contratuais, ou de patentes e direitos autorais.

Sem dúvida, coloca-se aí mais um ponto de relevo na fragilização da formação da vontade colegiada do Tribunal como um todo. Algo

³³ ALIOMAR BALEEIRO, ainda, arremata: “Quando ele faleceu no exercício do cargo, aos 80 anos, em 1835, STORY lhe propôs o epitáfio, que o atual presidente da Corte, EARL WARREN, recordou em 1955, quando se celebrou o 2º centenário de nascimento do admirável Chief Justice: ‘Seu orgulhoso epitáfio poderia ser escrito numa linha: Aqui jaz o expositor de nossa Constituição’ (ALIOMAR BALEEIRO, “O Supremo Tribunal Federal, Esse Outro Desconhecido”, Rio de Janeiro, Forense, 1968, p. 34).

que clama por meditação e reforma se se desejar a estabilidade da jurisprudência da Corte.

Lembre-se ainda que, na mesma Corte e com o mesmo colegiado, é possível criar-se instabilidade mediante pura interpretação do Direito. RICHARD A. POSNER salienta o gosto judicial na realização de distinções interpretativas, que permitem chegar a julgamentos diversos: “Often ‘following’ precedentes really means making a policy-based choice among competing precedentes or a policy-influenced interpretation of a precedent’s scope. Because judges are reluctant to overrule decisions – their preference is for ‘distinguishing’ them to death rather than explicitly overruling them, in order to preserve the appearance of the law’s continuity and stability – the landscape of case law is littered with inconsistent precedents among which current judges can pick and choose, resurrecting if need be a precedent that had died but had not been given a decent burial”. (this may explain why ideology plays a greater role in judicial decision making the more precedents there are in na área of law). The problem is particularly serious in the Supreme Court. As a result of the Court’s long history and sharp ideological swings, there is a large stock of precedents that not having been formally overruled are available for opportunistic rehabilitation”³⁴.

11.- RECURSOS “TRANSVERSAIS” ENTRE AS UNIDADES JURISDICIONAIS

Ressaltem-se, para não alongarmos considerações, o caráter extremamente nocivo na atualidade do instituto de embargos de divergência ante a divisão das sessões em contraste com a Corte Especial. Isso porque, se trazidos a julgamento na mesma petição precedentes da Corte Especial em contraste com precedentes das três demais Seções e, por outro lado, também precedentes de Turmas da

³⁴ RICHARD A. POSNER, “How Judges think”, Cambridge, Massachusetts, London, England, Harvard University Press, 2008, Introduction, p. 45.

mesma Seção contrastantes entre si, será necessário³⁵ primeiro trilhar o longo percurso do julgamento perante a Corte Especial, cuja pauta sobrecarregada normalmente alonga a demora, para depois, somente após votados os recursos internos desse julgamento, com sucessivos embargos de declaração, passar-se a julgar o mesmo processo pela Seção correspondente às Turmas que contrastem entre si, novamente um longo percurso, uma longa demora consumida pelos embargos internos à sessão de julgamento.

Admirável a nocividade da dispersão jurisprudencial que se forma nessas hipóteses. Aí está, ademais, nos casos criminais, escancarado caminho para impedir o fim do processo e obter a prescrição.

12.- FALTA DA PRÉVIA “CONFERENCE”

A falta de uma prévia reunião de debates do caso, antes da tomada de votos para o julgamento, pelos integrantes do órgão julgador – Turma, Seção, Corte Especial ou Plenária – conspira contra o aprofundamento das teses e argumentos postos em julgamento.

O sistema nacional não usa da regra de que o colegiado, debatendo, sem o compromisso de entrega imediata do julgamento, julga melhor, porque aprofunda aos argumentos de todos os integrantes do grupo, vindo, daí, a tendência à predominância do ponto de vista do Relator – naquilo em que este autor em outro escrito já denominou “a tirania do Relator”, o qual, se, acertando, agiliza o julgamento, mas se se equivoca, tende a conduzir todo o colegiado julgador ao equívoco, ante a impossibilidade material de pedidos de vista de numerosos processos em grande número de casos, no magno mar do número de processos nas Cortes na atualidade.

A “conference” é assim explicada: “Created by the chief justice, a discuss list – list of the cases he thinks should be looked at by the Court

³⁵ A orientação prevaleceu em julgamento recente, Embargos de Divergência no Recurso Especial 1183134/SP, impondo longo périplo do caso criminal pelas unidades fracionárias do Superior Tribunal de Justiça e consumindo longo tempo – favorecendo a prescrição penal intercorrente.

– is senta round to the associate justices (...) Any justice may ask that a particular case be included on the discuss list and it will be added. If a case doesn't make the discuss list, it will never be reviewed by the court. At conference the justice decide whether to grant or deny review. the business of a conference is strickly between the justice; no outsiders, including law clerks, are presente and no minutes are taken”³⁶.

Essa “conference” (entre nós, a “deliberação”, a discussão do caso entre os julgadores) inevitável como processo de debate efetivo do caso antecedentemente ao julgamento, nas Cortes nacionais estrangeiras, parece dificultada, entre nós, pela obrigatoriedade da publicidade das sessões de julgamento judiciais, ante o disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal. Mas assim não é – bastando que as sessões de julgamento se limitassem à ouvida das sustentações orais e discussões entre os Ministros, para, depois, em outra sessão, após elaborado e “estabilizado” o voto, pela útil troca de projetos de voto e considerações, em sessão seguinte proclamar-se o julgamento, que, nesse caso, poderia ser subscrito por todos os integrantes do colegiado, como ocorre nos tribunais nacionais estrangeiros³⁷.

13.- DESISTÊNCIAS RECURSAIS

A desistência de recursos nos Tribunais Superiores devia ser proibida por lei, porque, quando um recurso é admitido a julgamento por um Tribunal como o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal, é porque seu julgamento interessa a toda a sociedade, deixando de estar, por isso, sob a disponibilidade individualística do recorrente – norteadas por diversas ordens de fatores, inclusive a vantajosa transação econômica, oferecida pelo litigante mais forte, para evitar a formação de tese nacional contra si.

³⁶ (ELLEN GREENBERG, “Supreme Court Explained”, 1997, W.W. Norton & Company, Inc, New York, p. 69).

³⁷ V. “A Selective Opportunity”, em FRANK M. COFFIM, “On Appeal”, W.W. Norton & Company, New York London, 1994, p. 103.

Um exemplo, entre tantos, vem dos Estados Unidos da América do Norte. O caso já referido “Roe versus Wade”³⁸, pelo qual a Suprema Corte julgou, em 1973, o direito ao aborto e as condições em que constitucionalmente exercido, durou mais de dez anos e, naturalmente, a recorrente deu à luz uma criança, mas nem por isso o caso perdeu o objeto ou se tornou passível de desistência: o que importava era julgar um processo muito bem preparado, com debate fundamentado, para nortear toda a sociedade norte-americana.

14.- PAUTAMENTO E INTIMAÇÃO PRÉVIOS DE JULGAMENTOS

Para a formação de jurisprudência consistente, necessária a previsibilidade do caso para todos os integrantes do colegiado, de modo a poderem previamente se preparar para o julgamento, lendo o processo, realizando pesquisas e – talvez o mais importante – meditando sobre o caso e suas conseqüências para as partes, para o Direito e para a sociedade. O mesmo se diga com relação às partes e seus Advogados, que podem contribuir em muito pelo aprofundamento do caso, na sistemática brasileira de oferecimento de memoriais ou mediante sustentação oral nas sessões de julgamento.

Daí se segue que nunca deveria ser admitido o julgamento sem prévio pautamento ou indexação, com antecedência de alguns dias.

Em verdade, todo o esclarecimento possível às partes e seus advogados e aos julgadores, integra o largo elenco de garantias do julgamento justo, objeto, principalmente no Direito anglo-americano, da messe de escritos sobre o “*fair-trial*”³⁹.

³⁸ V. MARIAN FAUX, “Roe v. Wade”, New York, Mentor Book, 1963.

³⁹ Assunto de ubicação controversa, sem negar a substância e obrigatoriedade, em Civil Law, isto é, no direito europeu continental. Por todos, a síntese de EBERHARD SCHILKEN, “Faires Verfahren (“fair trial”) ist als rechtsbegriff den anglo-amerikanischen Rechten entnommen. Dort ist der “fair trial” in der Tat der Oberbegriff der einzelnen verfahrensrechtlichen Schutzgarantien zugunsten der Beteiligten. Eine solche Einordnung für das deutsche Recht ist aber schon wegen der abweichenden

15.- OBSERVÂNCIA DO JUÍZO NATURAL COLEGIADO SEM SUBSTITUIÇÕES EPISÓDICAS

O julgamento colegiado deve ocorrer com a presença da totalidade de seus membros, não apenas com quórum, tantas vezes circunstancial, formado, inclusive, com substituições de julgadores.

De qualquer forma, como já assinalado, para a estabilidade do julgado e, inclusive, natural prestígio da previsibilidade entre as partes, somente o julgador que houvesse participado de todo o julgamento, ouvindo o relatório e os debates, especialmente a sustentação oral, deveria participar da tomada de votos, evitando-se os julgamentos por estar habilitado a votar.

16.- “LEAVE TO APPEAL” OU FILTROS PROCESSUAIS DE “IRRECEBILIDADE”, RECURSOS REPETITIVOS E O NURER-STJ

Teses já julgadas em definitivo pela Corte de jurisdição nacional não devem, com os mesmos fundamentos, ser admitidas a novo julgamento. A insegurança jurídica é enorme, em decorrência de tal admissão. Seja pelo número avassalador e invencível de casos idênticos que tendem a repetir-se, inviabilizando a dedicação intelectual mais profunda aos casos realmente consistentes em *leading cases*, seja pela possibilidade, sempre presente, de enganos e equívocos na lida com grandes números de processos que se repetem – para não falar das peculiaridades fáticas, que muitas vezes terminam por influenciar o julgamento, levando, infelizmente, a diferenças de conclusões entre processos idênticos, movidos por parentes ou vizinhos – os quais jamais entenderão o porquê da diferença, passando a imaginar julgamentos de “dois pesos e duas medidas”, por razões nutridas de suspeitas.

Entwicklung für das deutsche Rechtsprechungsrechte, namentlich des Justizgewährungsanspruchs, problematisch” (EBERHARD SCHILKEN, “Gerichtsverfassungsrecht”, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 2ª ed., 1994, p. 70).

No exterior, vale a regra do “leave to appeal”⁴⁰, isto é, a permissão para recorrer no caso, ou a admissão do recurso, qualificando-se para o julgamento de fundo. Essa permissão para recorrer alimpa os casos relevantes para as jurisdições superiores.

Interessante notar que a recebilidade do caso por uma Corte Suprema começa, no exterior, por sumário exame pelo Secretário Geral da Corte, que verifica, por exemplo, se o recurso obedece ao modelo-formulário, à disposição dos dizeres graficamente nas páginas e, inclusive, o número de caracteres permitido. Caso não preenchidos os requisitos formais, o caso é sumariamente rejeitado pelo Secretário Geral e de seu ato não cabe recurso, como no exemplo do Certiorari: “a petition for a writ of certiorari is sent to the clerk of the Court, where it is examined to make sure that it’s in the proper form. Once given the clerk’s okay, the necessary fee of \$300 is paid and the petition is numbered and placed on a docket”⁴¹.

O conceito de “irrecebilidade” vai além da simples “não admissibilidade” do recurso, ao exame do caso, mas, ao contrário, consiste, antecedentemente, em “irrecebilidade” do recurso – inclusive por deficiência de exposição ou fundamentação, ou por fundamentação menos profunda, com base na qual não deve, evidentemente, ser formada tese estável para toda a sociedade.

Note-se que a “*irrecebilidade*” seleciona o próprio contraditório, que é essencial ao bom julgamento. Questões idênticas devem ser enfrentadas no processo mais bem preparado, com contraditório tônico e forte, o que significa com o mais capacitado patrocínio advocatício.

⁴⁰ Também denominado “permission pour appeller”, “Zulässigkeit” e outras denominações. Sobre “permission pour appeller”, PERMISSION POUR APPELLER, v. HENRI KÉLADA e SÉLIN NAGUIB, “Les Moyens de se Pourvoir contra les Jugements”, ed. Carswell, Scarborough, Ontario, 1997, p. 131. Sobre “Leave to Appeal” enquanto instrument de jurisdição seletiva, v. J. ERIC SMITHBURN, “Judicial Discretion”, Reno, Nevada, The National Judicial College, 1991.

⁴¹ ELLEN GREENBERG, “Supreme Court Explained”, 1997, W.W. Norton & Company, Inc, New York, p. 68.

Não faz sentido julgar-se, em caráter nacional, com base em contraditório insuficiente, para, depois, não haver possibilidade de retorno a novo sentido do julgamento se sobrevier outro caso com contraditório mais forte.

No instituto do “leave to appeal” encontra-se, “mutatis mutandis”, exemplo estrangeiro para o início de sistema de “irrecebibilidade recursal” do NURER-STJ⁴², para casos de teses multitudinárias já dirimidas centenas ou milhares de vezes, em muitos casos já sumuladas ou julgadas em Recursos Repetitivos que, sem novos argumentos, voltam em novos recursos, ou para recursos a que falte o mínimo de razoabilidade expositiva – não raro sem exposição adequada do que se pretende obter do Tribunal.

O NURER-STJ é fruto da Lei dos Recursos Representativos de Controvérsia (Lei n. 11.672, de 8.5.2008), que, em boa hora, apesar do atraso, inseriu o disposto no art. 543-C no Código de Processo Civil. Relevantíssimo o instituto para a formação de jurisprudência nacional estável, à moda do que ocorre com o Recurso Extraordinário com repercussão geral, no Supremo Tribunal Federal e com a Súmula Vinculante, no mesmo Tribunal.

17.- SELECIONABILIDADE E CARÁTER NACIONAL DO JULGAMENTO DE AÇÃO COLETIVA

A pretensão coletiva possui extrema relevância na formação de jurisprudência estável. Vê-se no Direito Comparado, que as “Class Actions” são submetidas à seleção da que seja mais bem preparada, para o julgamento único, suspendendo-se ou extinguindo-se as demais. No

⁴² Sobre o NURER, ver Resoluções: CNJ n. 160, 19.12.2012; STJ n. 2, 14.1.2013, n. 5, 1º.2.2013 e n. 17, 4.9.2013. Posto em prática no dia 9.5.2013, apenas para casos da 2ª Seção (Direito Privado), mais sobrecarregada de recursos, no NURER proferiram-se, até o início do recesso judiciário em 20.12.2013, 4.199 decisões pelo Presidente da 2ª Seção ou pelo Ministro designado (Portaria n. 492, 6.9.2013), autor deste escrito.

Brasil, contudo, ocorre a “multitudinarietà” de ações civis públicas sobre o mesmo tema, o que leva à dispersão jurisprudencial.

Essas ações possuem, em verdade, caráter dúplice, isto é, seja qual for o sentido em que julgadas, desde que atingido o núcleo da pretensão nelas deduzido, vale como regência do julgamento via coisa julgada.

Corolário do prestigiamento da ação coletiva na formação de jurisprudência estável está no reconhecimento de caráter nacional da coisa julgada formada nesse tipo de ação – se julgada, pelo Tribunal Nacional, no caso o STJ, a própria tese de fundo, não valendo, evidentemente, o julgamento fundado em questões incidentais ou meramente processuais.

18.- ENCERRAMENTO

Várias outras considerações poderiam ser expostas a respeito da formação de jurisprudência nacional pelo Superior Tribunal de Justiça.

As aperturas do tempo e a premência do atendimento à quantidade do serviço em Tribunal extremamente sobrecarregado tornam impossível ao autor, no momento, aprofundar cada um dos temas e expor numerosos outros.

Fica, contudo, a meditação, para o prosseguimento ulterior. Por ora, o que se deseja é tão somente indicar um vetor para a real preocupação a respeito de medidas efetivas para a melhor solução jurisprudencial para toda a sociedade brasileira. Não se entra, aqui, no debate a respeito de mutabilidade das circunstâncias sócio-político-jurídicas na evolução da interpretação da lei⁴³. Mas deixam-se as presentes considerações como

⁴³ “There is an evident and visible tension between the two roles of law. On the one hand, law has to create stability, uniformity, in one word: predictability. On the other hand, law has to be able to adapt in order to answer to social needs and new circumstances” (...) The fact is that law must be prepared paradoxically to face these two challenges: to simultaneously maintain uniformity, stability and predictability and to be flexible enough to promote adaptability. there is no heavy criticism of the change when it is operated by statutes, because no one doubts that the role/function

homenagem ao enorme serviço que, a despeito das falhas estruturais sistemáticas do Direito processual e do meio jurídico nacional, vem o Superior Tribunal de Justiça prestando à sociedade brasileira, com o julgamento de astronômico número de processos, certamente o maior do mundo, à custa de aparelhamento administrativo e funcional exemplar, situados, também, entre os melhores do mundo.

De qualquer forma, vão aqui ideias a serem consideradas se se desejar a formação de jurisprudência nacional estável pelo Superior Tribunal de Justiça para a sociedade brasileira. Uma Corte nacional constitui, na frase lapidar de ANTOINE GARAPON, “um guardião das promessas” de Justiça para a sociedade⁴⁴ e a Justiça realiza-se mediante a supressão do tratamento desigual entre todos os jurisdicionados que acorrem ao mesmo Tribunal nacional.

Não podendo perder a oportunidade de expor as presentes considerações – ainda que em redação apressada, em meio à torrente “*tsunâmica*” de recursos por julgar e sem possibilidade de paralisação do serviço por mais tempo – procurou-se acenar com as considerações prospectivas do presente escrito, porque “*scripta manent*”, e porque no “Jubileu de Prata” do extraordinário Tribunal que tanto emociona integrar, vale recordar “a simples e bela inscrição em frente ao Palazzo Tolomei em Siena: ‘*Quod potui feci faciant meliora potentes.*’”⁴⁵

of the Legislature is to create legal rules. However, with regard to changes in case law, one can easily perceive a group of enthusiastic scholars, saying that case law has to change to adapt legal rules to new social circumstances, and another group of legal writers saying that the role of the Judiciary is to maintain the status quo, leaving changes to the Legislature” (TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, “Changes in Law as the Result of the Work of Judges”, em “Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag”, 2. Teilband, Mohr Siebeck, 2013, p. 1859-1860).

⁴⁴ ANTOINE GARAPON, “Le gardien des promesses – Justice et démocratie”, éditions Odile Jacob, Paris, 1996.

⁴⁵ JAMES BOSWELL, “An Account of Corsica”, London, Printed for Edward and Charles Dilly, MCCCCLXIX, p. 41.

