

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

OTÁVIO LUIZ VERDI MOTTA

JUSTIFICAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL
a Motivação e o Precedente

PORTO ALEGRE

2014

OTÁVIO LUIZ VERDI MOTTA

JUSTIFICAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

a Motivação e o Precedente

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Daniel Mitidiero

Porto Alegre

2014

OTÁVIO LUIZ VERDI MOTTA

JUSTIFICAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL

a Motivação e o Precedente

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Daniel Mitidiero (orientador)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Doutor Humberto Ávila
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professora Doutora Tereza Arruda Alvim Wambier
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Professor Klaus Kopin
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Conceito: _____

Porto Alegre, ____ de _____ de 2014

AGRADECIMENTOS

Esse trabalho é resultado de ausências e de presenças. Por essas duas razões, preciso agradecer. Embora as ausências, penso, estejam justificadas pelo resultado em si, é inevitável referi-las. Gratidão é uma virtude.

Começo pelas minhas ausências. E exatamente por onde devo. Agradeço à minha família. Agradeço à minha mãe, Silvia, ao meu irmão, Fábio, e ao meu padrasto, Andrade. Vocês sacrificaram-se junto comigo, em absolutamente todos os sentidos. Eu sei. Eu também senti muita falta de vocês. A minha gratidão, acreditem, não pode ser expressada nessas palavras. Aqui só posso dizer: muito obrigado, amo vocês!

Agradeço aos meus amigos. Vocês não sabem o quanto a compreensão de vocês foi importante para que eu pudesse sentir-me bem. Embora muitos não sejam do direito e, portanto, possam não compreender exatamente o que ausência significou, confio que vocês tenham confiado em mim para saber o quanto esse trabalho é importante. Felizmente são muitos, certamente eu seria injusto se tentasse nominar todos. Direi a vocês pessoalmente.

Agradeço ao Escritório Andrade Maia Advogados, por todo o suporte, apoio e compreensão para que eu pudesse traçar esse curso com a maior tranquilidade possível. Ainda com relação ao Escritório, agradeço à toda a minha equipe, em especial aos meus colegas Carolina Atafini, Fabrício Pozatti e Fábio Machado. Obrigado pelo suporte!

E aqui começam as presenças.

Agradeço ao meu colega e amigo, Júlio Lanes, pela compreensão, pelo apoio, pelo investimento e pelas trocas de ideias e de incentivos. Júlio, muito obrigado!

Agradeço ao meu colega e amigo, Fábio Machado, pelas instigações críticas, pela leitura e revisão do trabalho.

Agradeço aos meus colegas do mestrado e da vida: Otávio Domit, Renzo Cavani, Vitor Ramos, Rafael Abreu, Maria Angélica Feijó, Ronaldo Kochen. Muito obrigado pelo companheirismo, pelos debates, pelo convívio dentro e fora da academia.

Agradeço em especial ao meu parceiro Otávio Domit pelo apoio, pela leitura e pela

revisão. Obrigado!

Agradeço muito especialmente ao meu orientador, Daniel Mitidiero. Professor, amigo, orientador. Daniel, muito obrigado por ter, em 2006, feito com que eu conhecesse o processo civil (e o direito como um todo) por meio da paixão com que tu ensinas. Obrigado por esses 9 anos de convívio, incentivando sempre com essa mesma paixão o estudo sério do processo civil. Obrigado, agora, por ter aceitado e conduzido sempre disposto e disponível essa orientação. Muito obrigado!

O presente estudo também é resultado de uma presença intercontinental. Agradeço, por isso, ao Professor Cláudio Michelon, que recebeu muito atenciosamente a mim e ao Rafael Abreu na Universidade de Edimburgo, em maio de 2013. Sua atenção ao meu trabalho foi importantíssima!

Agradeço à Faculdade de Direito da Universidade de Edimburgo, por ter-me recebido na qualidade de *member of the public*, permitindo que muito da pesquisa para o presente trabalho pudesse ter sido enriquecida com o contato com a literatura lá disponível. Agradeço também à Frances Fullarton (Fran), funcionária sempre prestativa da biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Edimburgo, que proporcionou todo o apoio para o máximo proveito da pesquisa. Agradeço, ainda, pela parceria do Rafael Abreu nessa viagem! Foi sensacional, muito obrigado.

Agradeço aos Professores Sérgio Mattos e Klaus Koplín por suas presenças na minha banca de qualificação, uma vez que suas leituras e críticas foram fundamentais para o meu trabalho.

Agradeço aos Professores Humberto Ávila, Tereza Arruda Alvim Wambier e Klaus Koplín, que aceitaram o convite de participar da minha banca final, suas arguições foram certeiras, fazendo-me, com muito orgulho, refletir e repensar o trabalho.

Agradeço, finalmente, à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e ao seu Programa de Pós-Graduação em Direito. Em 2009, quando apresentei a monografia de graduação, agradei, torcendo para voltar. Voltei. Espero, daqui para frente, nunca deixar de frequentá-la.

“Dealing with the issues of everyday life is normally adventure enough for the common law” (Melvin A. Eisenberg. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 26).

RESUMO

O presente estudo propõe que a atual compreensão sobre interpretação judicial influencia no modo de ver a tutela dos direitos. Para isso, parte-se do entendimento de que trabalhar com o direito não é trabalhar com um objeto pronto antes da interpretação, mas com indeterminação. Isso conduz à conclusão de que a interpretação jurídica é um caminho que se percorre por meio de escolhas. Com o reconhecimento de que interpretar envolve escolher, realça-se o papel da justificação das decisões judiciais como ponto fundamental da atividade jurisdicional. Dado que a finalidade do processo civil é a tutela dos direitos, a justificação da decisão abre espaço para a tutela dos direitos em duas perspectivas. De um lado, considerando-se que no processo a interpretação tem o fim de decidir um caso, estrutura-se o discurso da motivação voltado à obtenção de uma decisão justa para as partes, o que corresponde a um meio de colaborar para a tutela dos direitos numa perspectiva particular. De outro, considerando-se que por meio da resolução do caso reduz-se a sua indeterminabilidade, estrutura-se o discurso do precedente voltado à tutela dos direitos numa perspectiva geral por duas frentes: promove-se um tratamento isonômico das pessoas e cria-se um ambiente mais seguro para o desenvolvimento da vida social.

Palavras-chave: interpretação jurídica – formalismo – antiformalismo – justificação – decisão judicial – tutela dos direitos – motivação - precedente

ABSTRACT

This study proposes that the current understanding of judicial interpretation influences the way we understand the protection of rights. In order to achieve this conclusion, we start from the understanding that dealing with the law does not mean to deal with a given object finished before the interpretation process, but with indeterminacy. This leads to the conclusion that legal interpretation is a path that runs by making choices. With the recognition that interpretation involves choosing, it is emphasized the role of the justification of judicial decisions as a key point of judicial activity. Given that the purpose of civil proceedings is the protection of rights, the justification of the decision opens the way for the protection of rights in two perspectives. On the one hand, considering that in the judicial process the interpretation happens for the function of dispute resolutions, it is possible to organize a discourse of the judicial reason giving aiming to achieve a fair decision for the parties, which corresponds to a means to collaborate for the protection of rights in a particular perspective. On the other hand, considering that through the resolution of the case the indeterminacy of the law is reduced, it is possible to organize a discourse of the judicial precedent aiming to achieve the protection of rights in a broad perspective by two fronts: promoting an isonomic treatment of people and creating a safer environment for the development of social life.

Keywords: interpretation – formalism – antiformalism – justification – judicial decision – judicial protection of the rights – reason giving - precedent

SUMÁRIO

Introdução.....	12
Parte I - A Justificação Judicial como Núcleo Essencial da Atividade Jurisdicional no Estado Constitucional.....	15
1. Interpretação Judicial. Interpretação-Atividade e Interpretação-Produto. Tipos e Teorias da Interpretação.....	15
2. A Interpretação Judicial entre Dois Mundos: do Formalismo ao Antiformalismo	18
2.1. O Formalismo Interpretativo.....	19
2.1.1. O Formalismo Interpretativo no Continente Europeu.....	21
2.1.1.1. A École de l'Exégèse.....	21
2.1.1.2. A Escola Histórica do Direito e a Begriffsjurisprudenz.....	27
2.1.2. O Formalismo Interpretativo no Common Law: A Analytical Jurisprudence.....	31
2.2. O Antiformalismo Interpretativo.....	35
2.2.1. As Primeiras Reações ao Formalismo Interpretativo	36
2.2.1.1. No Continente: o Movimento do Direito Livre, a Libre Recherche Scientifique (Freirechtsbewegung) e a Interessenjurisprudenz.....	36
2.2.1.2. No Common Law: o Realismo Jurídico Americano.....	39
2.2.2. O Antiformalismo na Vertente Hermenêutica	47
2.2.3. O Antiformalismo na Vertente Retórica e Lógico-Argumentativa.....	50
2.2.3.1. A Teoria Tópica de Viehweg.....	52
2.2.3.2. A Nouvelle Rhétorique de Chaïm Perelman.....	56
2.2.3.3. A Teoria Lógico-Argumentativa	59
3. A Interpretação Judicial no Estado Constitucional Brasileiro	63
3.1. Análise Crítica da Teoria Formalista.....	63
3.2. Análise Crítica da Teoria Antiformalista.....	70
3.3. A Interpretação Judicial no Estado Constitucional.....	74
3.3.1. Mudança na Teoria das Normas e na Técnica Legislativa	74
3.3.2. A Atividade do Intérprete	77
3.3.3. Texto e Norma	79
3.3.4. A Justificação da decisão Judicial como Núcleo da Atividade Jurisdicional no Estado Constitucional.....	79
Parte II - A Justificação Judicial como Matéria-Prima da Motivação e do Precedente para a Tutela dos Direitos.....	89
1. A Tutela dos Direitos como Fim do Processo Civil no Estado Constitucional.....	89
1.1. Da Defesa dos Direitos Subjetivos à Atuação da Vontade Concreta da Lei	90
1.2. Processualismo: o Resultado do Programa Formalista Aplicado ao Processo Civil.....	93
1.3. Instrumentalismo: A Vontade Concreta do Direito e sua Ligação com o Formalismo Interpretativo.....	97
1.4. O Fim do Processo Civil no Estado Constitucional: A Tutela dos Direitos numa Dimensão Particular e numa Dimensão Geral	101
2. O Discurso da Motivação a Partir da Justificação: Tutela dos Direitos em uma Perspectiva Particular Mediante a Prolação de uma Decisão Justa.....	106
2.1. A Exigência de Motivação das Decisões Judiciais.....	106
2.1.1. A Consolidação no Século XVIII	106
2.1.2. A Influência nas Legislações do Séc. XIX	111
2.1.3. O Cenário Geral Atual do Dever de Motivação	113
2.1.3.1. O Panorama Atual na Perspectiva Comparada	113

2.1.3.2. Motivação como Direito Fundamental	115
2.2. A Motivação Relacionada à Prolação de Decisão Justa	118
2.2.1. Sede Material da Justificação e Discurso Voltado à Tutela dos Direitos em uma Perspectiva Particular	118
2.2.2. Função Endoprocessual e Função Extraprocessual.....	120
2.3. Exigências da Motivação no Estado Constitucional	122
2.3.1. Motivação como Resoconto. O Ponto de Vista do Formalismo.....	122
2.3.2. A Motivação é um Discurso Justificativo. Context of Discovery e Context of Justification	126
2.3.3. Conteúdo da Motivação no Estado Constitucional	130
2.3.4. A Motivação e Estruturação do Processo Justo. Seu Relacionamento com Outros Direitos Fundamentais Processuais	139
3. O Discurso do Precedente a Partir da Justificação: Tutela dos Direitos em uma Perspectiva Geral Mediante a Promoção da Igualdade e da Liberdade.....	144
3.1. Tutela da Igualdade	144
3.1.1. Igualdade como Fim do Estado Constitucional.....	144
3.1.2. Superação da Compreensão Formalista de Igualdade.....	145
3.1.3. Justificação e Precedente: Universalização de Razões.....	147
3.1.4. Precedente como Meio Imediato de Promoção da Igualdade. Tratamento Isonômico das Pessoas	149
3.2. Tutela da Liberdade.....	151
3.2.1. Superação da Compreensão Formalista de Segurança Jurídica	151
3.2.2. A Justificação Como Fator de Redução da Indeterminabilidade do Direito .	152
3.2.3. Precedente Como Meio Mediato à Promoção da Liberdade. Ambiente Imediatamente Mais Seguro para o Desenvolvimento da Vida Social.....	154
3.3. A Estruturação e Utilização do Discurso do Precedente	157
3.3.1. Dimensão Institucional.....	158
3.3.2. Dimensão Estrutural	161
3.3.3. Dimensão Objetiva: A Identificação do Precedente. Ratio Decidendi e Obiter Dictum	162
3.3.3.1. O Teste de Wambaugh	163
3.3.3.2. O Método de Goodhart: Os "Material Facts" e a Decisão.....	164
3.3.3.3. A Fórmula de Rupert Cross: A Importância da Razão Jurídica como Passo Necessário para a Decisão	166
3.3.3.4. A Proposta de MacCormick: A Interpretação de uma Questão Jurídica Suficiente e Necessária para a Justificação da Decisão do Caso.....	167
3.3.3.5. Luiz Guilherme Marinoni: Razões Determinantes para Solução de Questões Jurídicas	170
3.3.3.6. Considerações Conclusivas Sobre Ratio Decidendi e Obiter Dictum na Perspectiva da Função das Cortes de Vértice	172
3.3.3.6.1. Decisão de Questão Jurídica Vinculada ao Caso e Debatida no Processo	172
3.3.3.6.2. Extração da Ratio em Termos de Premissa Normativa da Justificação Interna	178
3.3.4. Dimensão de Eficácia (ou Força dos Precedentes)	179
3.4. Técnicas de Utilização do Precedente	181
3.4.1. Aplicação do Precedente. O Problema dos Casos Alike	181
3.4.2. Distinguishing	185

3.4.3. Modifying ou Overriding	186
3.4.4. Overruling	186
CONCLUSÃO.....	190
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	193

INTRODUÇÃO

A maneira como os estudiosos do direito vêm compreendendo a interpretação jurídica varia no tempo e em razão da cultura. As mais diversas escolas e correntes de pensamento jurídico tiveram influência, direta ou indiretamente, consciente ou inconscientemente, no problema da interpretação jurídica. A depender do enfoque que se dá à interpretação verifica-se que há reflexos na prática jurídica e, até mesmo, na própria maneira como se elabora um sistema jurídico como um todo¹. Examinar se a maneira como se compreende a interpretação jurídica influencia no modo de pensar a tutela dos direitos no Estado Constitucional é tarefa do presente trabalho.

A hipótese aqui adotada é a de que a atual compreensão sobre interpretação judicial influencia no modo de ver a tutela dos direitos. Para isso, parte-se do entendimento de que trabalhar com o direito não é trabalhar com um objeto pronto, mas com indeterminação e equivocidade. Isso conduz à compreensão de que a *interpretação jurídica* é um caminho que se percorre por meio de escolhas. Com o reconhecimento de que interpretar envolve escolher, realça-se o papel da *justificação das decisões judiciais* como ponto fundamental da atividade jurisdicional no Estado Constitucional. Dado que a finalidade do processo civil é a *tutela dos direitos*, a justificação da decisão oportuniza a tutela dos direitos em duas perspectivas. De um lado, considerando-se que no processo a interpretação tem o fim de decidir um caso e aplicar o direito, estrutura-se o discurso da *motivação* voltado à obtenção de uma decisão justa para as partes, o que corresponde à tutela dos direitos numa perspectiva particular. De outro, considerando-se que por meio da aplicação do direito a um caso reduz-se a sua indeterminabilidade, estrutura-se o discurso do *precedente* voltado à tutela dos direitos numa perspectiva geral por duas frentes: promove-se um tratamento isonômico das pessoas e cria-se um ambiente mais seguro para o desenvolvimento da vida social.

Eis, portanto, resumidamente a grande linha que busca seguir o presente trabalho:

1 “As diferentes escolas e correntes de pensamento jurídico não foram e, certamente, não têm sido enunciadas somente pelo diletantismo cultural daqueles que as defendem. Ao contrário, sua repercussão prática é efetiva, dependendo a solução de problemas jurídicos concretos da eleição de uma orientação filosófica mais geral, muito embora, nem sempre, haja uma consciência clara a esse respeito”. (Danilo Knijnik. *O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato Pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 14).

interpretação demanda justificação, a partir do que são extraídos dois discursos (motivação e precedente) que, juntos, permitem a tutela dos direitos (em perspectiva particular e geral).

Para a avaliação da possibilidade de confirmação da hipótese aventada, parecem-nos fundamentais as respostas a quatro grandes questionamentos. A primeira pergunta a ser respondida é: *qual a mais adequada teoria da interpretação jurídica?* (ou, qual a atividade do intérprete na interpretação jurídica?); A segunda grande pergunta a ser respondida é: *em que medida a interpretação jurídica exige justificação das decisões judiciais?* (ou, qual o grau de importância e de exigência da justificação das decisões judiciais?); A terceira grande pergunta a ser respondida é: *qual a finalidade do processo civil no Estado Constitucional?*; Finalmente, a quarta grande pergunta a ser respondida é: *de que modo a justificação da decisão judicial pode colaborar para proporcionar a promoção da tutela dos direitos no Estado Constitucional ?* Para tanto, o trabalho vai estruturado em duas partes.

A primeira parte, intitulada “A Justificação Judicial como Núcleo Essencial da Atividade Jurisdicional no Estado Constitucional”, cuida do problema da justificação como fator da legitimação da atividade jurisdicional no Estado Constitucional. Inicia-se com o estudo da interpretação jurídica, avaliando quais são, em geral, os tipos e teorias da interpretação e o que cada uma delas exige do intérprete. A seguir, busca-se avaliar a forma como as diversas escolas do pensamento jurídico acabaram por enfrentá-las. Esse estudo tem o propósito de demonstrar que a interpretação jurídica passou, a partir da modernidade, por um movimento pendular, indo de um extremo ao outro das teorias formalistas e antiformalistas. Finalmente, passa-se a avaliar quais as condicionantes do direito no marco do Estado Constitucional no que se refere à teoria das normas, teoria da interpretação e da técnica legislativa que, na nossa visão, determinam a compreensão de que o direito deve ser encarado como uma prática argumentativa. Essa análise buscará demonstrar que, não sendo o direito um objeto pronto, mas dependente do processo de interpretação, a norma não se identifica com o texto legislativo, mas é produto de um processo de reconstrução de sentido normativo. Considerando-se, assim, que a atividade do intérprete no âmbito da interpretação e aplicação do direito demanda decisões e escolhas para a realização da reconstrução do sentido normativo, a justificação da decisão judicial toma papel fundamental no âmbito da jurisdição, já que essa só se legitimará por meio de uma justificação que dê efetiva conta do caráter argumentativo do direito.

A segunda parte do presente trabalho, por sua vez intitulada “A Justificação Judicial

como Matéria-Prima da Motivação e do Precedente para a Tutela dos Direitos”, cuida da maneira como a justificação, por meio de dois diferentes discursos que dela podem ser extraídos, colabora para a obtenção das finalidades do processo civil no Estado Constitucional. Inicialmente, trata-se do problema das finalidades do processo civil na história, onde se verificará que o processo civil como “ciência autônoma” foi construído à base de uma teoria formalista que não corresponde, no entanto, às atuais exigências. Buscaremos compreender que no marco do Estado Constitucional a finalidade do processo só pode ser pensada em termos de tutela dos direitos. A compreensão do caráter argumentativo (e, portanto, antiformalista moderado) do direito proporciona que, por meio da justificação judicial, a tutela dos direitos seja promovida em duas dimensões, uma particular e outra geral, que se estruturam, por seu turno, em torno de dois discursos: o discurso da motivação² e o do precedente.

No ponto 2 da Parte II busca-se avaliar se a motivação pode, e de que forma deve, ser estruturada, além de quais os problemas que devem ser enfrentados para que esse discurso extraído a partir da justificação seja apto a servir de instrumento à obtenção de uma decisão justa para o caso a ser decidido. No ponto 3, estudar-se-á o discurso do precedente, como discurso estruturado e manejado de forma a servir como um instrumento para o tratamento das pessoas de forma mais isonômica e para a promoção de um ambiente mais seguro para o desenvolvimento da vida social. Finalmente, cuidar-se-á de concluir se juntos, afinal, podem esses dois discursos promover a finalidade do processo civil de uma forma integral: numa perspectiva particular e numa perspectiva geral.

Parece-nos, de antemão, que essa tarefa tem alguma chance de ser exitosa, pois, como disse Ovídio A. Baptista da Silva, quando se permite a “*abertura do texto, permitindo que, hermeneuticamente, o interpretemos e os magistrados verdadeiramente 'decidam', por isso que detentores de poder discricionário, decidindo-se entre as alternativas autorizadas pela norma, será transformá-los em juízes responsáveis. Esta será uma profunda revolução em nossa compreensão do direito processual; uma profunda revisão de conceitos e, acima de tudo, uma revolucionária transformação do sistema*”³.

2 Entende-se pertinente esclarecer, desde logo, que adotamos nesse trabalho o vocábulo motivação como equivalente a fundamentação. Conforme ressalta Cruz e Tucci, do ponto de vista do processo motivação e fundamentação são palavras quase sempre usadas como sinônimas, sendo motivação a denominação mais consagrada na linguagem processual. (José Rogério Cruz e Tucci. *A Motivação da Sentença no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 11)

3 Ovídio A. Baptista da Silva. “Fundamentação das sentenças como garantia constitucional”. In: *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 141.

PARTE I - A JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL COMO NÚCLEO ESSENCIAL DA ATIVIDADE JURISDICCIONAL NO ESTADO CONSTITUCIONAL

“Se guardiamo alla storia della cultura giuridica moderna, e in particolare ai sistemi di diritto codificato, possiamo in realtà notare che vi è stato un avvicinarsi di posizioni formalistiche e di posizioni antiformalistiche”⁴.

1. Interpretação Judicial. Interpretação-Atividade e Interpretação-Produto. Tipos e Teorias da Interpretação

Em um sentido amplo, interpretar significa atribuir sentido a um determinado objeto⁵. O vocábulo interpretação sofre de uma “ambiguidade estrutural”, conforme refere Vittorio Villa, uma vez que, assim como outros vocábulos (p. ex. “conhecimento”, “aplicação”, “definição”), são utilizadas indiferentemente para indicar tanto a modalidade de atuação, quanto os resultados das atividades que constituem o seu campo de referência⁶. Assim como expressões semelhantes, o vocábulo interpretação é utilizado para indicar tanto uma *atividade* ou um *processo* (*interpretazione-attività*), quanto o *resultado* ou o *produto* dessa atividade (*interpretazione-prodotto*)⁷.

Na primeira acepção do termo, interpretar significa o processo de atribuição de significado a um enunciado normativo, por meio da redução de sua equivocidade. Essa atividade pode ser decomposta em uma série de operações, entre as quais Guastini enumera a análise textual, a decisão em torno do significado e a argumentação a favor dessa decisão, esta

4 Vittorio Villa. *Una Teoria Pragmaticamente Orientata dell'Interpretazione Giuridica*. Torino: Giappichelli Editore, 2012, p. 78.

5 Giovanni Tarello. *L'Interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 4. Para Guastini, uma vez que os vocábulos “significado” ou “sentido” possuem muitos conceitos, essa definição seria de pouca valia. Admite, no entanto, que, de uma forma geral, “interpretar” no âmbito jurídico significa “atribuir sentido a um texto”. (Riccardo Guastini. *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 4 e p. 13). No mesmo sentido, Chiassoni afirma que interpretação textual é a atividade que consiste em determinar o significado de uma disposição (Pierluigi Chiassoni. *Tecnica dell'Interpretazione Giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 143).

6 Vittorio Villa. *Una Teoria Pragmaticamente Orientata dell'Interpretazione Giuridica*, p. 21.

7 Giovanni Tarello. *L'Interpretazione della Legge*, p. 39; Riccardo Guastini. *Interpretare e Argomentare*, p. 13.

última inserida como parte integrante do discurso interpretativo⁸. Na segunda acepção, a interpretação é o resultado dessa atividade, isto é, a norma jurídica derivada da atribuição de significado a um enunciado normativo⁹. “O significado (*isto é, a norma*) é o resultado da tarefa interpretativa”¹⁰. Ou seja, a norma é o resultado do processo de redução de equivocidade do texto e de concentração do seu resultado¹¹. A interpretação toma papel decisivo nos mecanismos que determinam a existência da norma¹².

Embora fenômeno complexo, é possível enumerar três diferentes espécies de interpretação e três diversas teorias da interpretação, seguindo a classificação proposta por Riccardo Guastini e endossada por Humberto Ávila.

No que se refere aos tipos de interpretação, podem-se arrolar a cognitiva, a decisória e a criativa.

A interpretação cognitiva “é aquela por meio da qual o intérprete identifica os significados (S) dos dispositivos legais (D), seja apontando qual é o significado de determinado dispositivo, na hipótese de só haver um ($D = S1$), seja indicando quais são os seus vários significados, no caso de existirem mais de um ($S1$ e $S2$), mas sem escolher nenhum ($D = S1$ ou $S2$)”¹³. Esse tipo de interpretação envolve uma atividade meramente descritiva de significados por parte do intérprete, uma vez que esse apenas descreve os possíveis sentidos da linguagem em determinado enunciado, sem, contudo, escolher algum ou o adequado¹⁴.

A interpretação decisória é “aquela mediante a qual o intérprete escolhe um significado, dentre os vários existentes, descartando os demais ($D = S1$, não $S2$)”¹⁵. Nesse caso, o intérprete não só identifica, mas também escolhe qual o significado adequado. É uma atividade adscritiva¹⁶.

8 Giovanni Tarello. *L'Interpretazione della Legge*, p. 9-10; Riccardo Guastini. *Interpretare e Argomentare*, p. 14.

9 Riccardo Guastini. *Interpretare e Argomentare*, p. 64.

10 Eros Roberto Grau. *Por Que Tenho Medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 38.

11 Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 56.

12 Vittorio Villa. *Una Teoria Pragmaticamente Orientata dell'Interpretazione Giuridica*, p. 8.

13 Humberto Ávila. “Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo”, p. 184.

14 Riccardo Guastini. *Interpretare e Argomentare*, p. 28.

15 Humberto Ávila. “Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo”, p. 184.

16 Humberto Ávila. “Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo”, p. 184.

Já a interpretação criativa é aquela por meio da qual o intérprete atribui ao dispositivo um significado novo, diferente daqueles significados previamente reconhecidos¹⁷. A atividade do intérprete, aqui, é criativa.

No que concerne às teorias da interpretação, três também podem ser apontadas: a teoria cognitivista, a cética e a eclética.

A teoria cognitivista (ou formalista) é aquela segundo a qual o ato desempenhado pelo intérprete é um ato de puro conhecimento ou de descoberta do significado¹⁸. Nessa concepção, interpretar nunca envolve escolha. Para tanto, essa teoria propõe que os enunciados normativos tenham um sentido unívoco, suscetível de conhecimento, formado e acabado antes da atividade interpretativa. Havendo um único significado, os enunciados do discurso descritivo podem ser qualificados como verdadeiros ou falsos em relação àquele significado¹⁹.

Segundo a teoria cética (ou realista), a atividade interpretativa é ato não só de conhecimento, mas também envolve escolha e, portanto, vontade. Essa teoria divide-se em duas vertentes. A primeira vertente traduz-se na teoria cética moderada, segundo a qual a interpretação envolve atos de conhecimento e de vontade, admitindo a escolha dos diversos significados identificados do enunciado²⁰. A segunda, a teoria cética radical, o enunciado não teria nenhum significado pré-existente à interpretação e a interpretação seria, sobretudo, unicamente o seu resultado²¹. Nesse caso, interpretação envolveria apenas ato de vontade de atribuição de sentido ao dispositivo, podendo ser atribuído qualquer um²².

Para a teoria eclética, por fim, a interpretação jurídica poderia ser, segundo as circunstâncias, ou ato de conhecimento, ou ato de vontade. Tratar-se de uma atividade de conhecimento ou de vontade dependeria do caso: em casos fáceis, naqueles em que não há equivocidade ou dúvida a respeito da linguagem do dispositivo normativo, a atividade do intérprete seria meramente de descoberta ou descrição do significado; na falta de clareza ou diante de uma equivocidade a respeito do enunciado, o intérprete desenvolveria uma

17 Riccardo Guastini. *Interpretare e Argomentare*, p. 29.

18 Riccardo Guastini. *Interpretare e Argomentare*, p. 409.

19 Humberto Ávila. “Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo”, p. 185.

20 Humberto Ávila. “Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo”, p. 185.

21 Riccardo Guastini. *Interpretare e Argomentare*, p. 414.

22 Humberto Ávila. “Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo”, p. 185.

atividade de escolha ou decisão²³.

2. A Interpretação Judicial entre Dois Mundos: do Formalismo ao Antiformalismo

Conforme destaca Vittorio Villa²⁴, o estudo da história da cultura jurídica moderna revela que, no que corresponde ao modo como se encara o direito, isto é, à forma como se compreende qual é o papel da ciência do direito e qual a sua forma de aplicação, há um movimento pendular entre concepções formalistas e antiformalistas, tanto em países de tradição da *civil law*, quanto em países de tradição do *common law*.

O debate a respeito da natureza da atividade desenvolvida pelo intérprete do direito não deixou de ser atual. De um lado, os estudos de teoria do direito têm fundamental importância e impactam diretamente na maneira como o direito mesmo será aplicado na prática, determina a atividade jurisdicional dos juízes e das Cortes, reflete-se na atividade dos advogados e, em última análise, condiciona a vida dos cidadãos. “*A teoria jurídica tem, ela própria, uma relevância normativa que não pode ser negligenciada na atividade de aplicação judicial do Direito*”²⁵ e que “*influi – e deve influir – decisivamente na prática jurídica e na tomada de decisões pelos órgãos de aplicação do Direito*”²⁶, diz, com razão, Thomas de Bustamante.

De outra parte, a questão está sempre se renovando. No âmbito da doutrina nacional, muito recentemente Humberto Ávila reavivou o debate, demonstrando que a concepção formalista (ou cognitivista) sobrevive no direito brasileiro, em especial no direito tributário²⁷. No *common law*, Frederick Schauer publicou, primeiro em 1988, um artigo intitulado “*Formalism*”, em que defendia algumas visões do que compreendemos por formalismo interpretativo, notadamente uma revalorização do argumento literal no processo de interpretação. Mais recentemente, em 2009, o professor estadunidense, em sua obra “*Thinking*

23 Humberto Ávila. “Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo”, p. 185.

24 “*Si guardiamo alla storia della cultura giuridica moderna, e in particolare ai sistemi di diritto codificato, possiamo in realtà notare che vi è stato un avvicinarsi di posizioni formalistiche e di posizioni antiformalistiche*” (Vittorio Villa. *Una Teoria Pragmaticamente Orientata dell'Interpretazione Giuridica*, p. 78).

25 Thomas da Rosa de Bustamante. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 289.

26 Thomas da Rosa de Bustamante. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*, p. 331.

27 “Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo”, p. 181-204.

Like a Lawyer” novamente suscita o debate, enfatizando os benefícios que vê no formalismo.

São diversas as razões que determinam uma ou outra tomada de posição formalista ou antiformalista. É que o direito é coisa do homem, objeto cultural e por isso não só questões jurídicas apresentam aí um papel de influência, mas todos os elementos constantes de contexto cultural, tais como concepções institucionais, políticas, sociais e econômicas que, em conjunto, podem provocar reações sobre a cultura jurídica e, por conseguinte, sobre a teoria da interpretação judicial²⁸.

Se é verdade que a adoção de uma ou outra teoria do direito, mesmo que muitas vezes sem plena consciência, tem reflexos diretos na solução de problemas jurídicos práticos, então se mostra profícuo e atual examinar qual é a atividade do intérprete na aplicação do direito e, bem assim, o modo como as diversas escolas da cultura jurídica moderna assim o compreenderam.

A premissa fundamental desse exame, com efeito, funda-se na possibilidade de que, dentro dos mais diversos movimentos jurídicos desde a modernidade, e por mais amplos ou restritos que tenham sido os campos de exame desses movimentos (estudos a respeito do conceito de direito, do raciocínio judicial, das ideologias jurídicas, da noção de validade do direito, das fontes do direito, da ideia de sistema jurídico etc), sejam extraídas perspectivas de exame a respeito da função da ciência do direito e da correspondente atividade do intérprete que pendulam entre as teorias formalista e antiformalista²⁹.

2.1. O Formalismo Interpretativo

Conforme visto, para a teoria formalista, ou cognitivista³⁰, a interpretação judicial é ato de descoberta ou de conhecimento de significado³¹. Essa teoria pressupõe que os textos normativos possuem um sentido unívoco e pré-constituído, suscetível de conhecimento, de modo que a atividade do intérprete é a de conhecer, descobrir ou revelar aquele sentido previamente existente, jamais se tratando de um ato de escolha ou de vontade do intérprete³².

28 Vittorio Villa. *Una Teoria Pragmaticamente Orientata dell'Interpretazione Giuridica*, p. 78.

29 Stefano Berteà. *Certezza del Diritto e Argomentazione Giuridica*. Rubbettino, 2002, pp. 11-13.

30 Pode-se também atribuir a essa corrente, na perspectiva da função da ciência do direito, a denominação de “tese descritivista do Direito”, conforme Humberto Ávila, “Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo”, p. 183.

31 Riccardo Guastini. *Interpretare e Argomentare*, p. 409; Pierluigi Chiassoni. *Tecnica dell'Interpretazione Giuridica*, p. 143.

32 Riccardo Guastini. *Interpretare e Argomentare*, p. 410; Humberto Ávila. “Função da Ciência do Direito

Por essa vereda, cada enunciado normativo é suscetível de uma, e apenas uma, interpretação verdadeira, e os problemas jurídicos possuem, por seu turno, apenas uma resposta correta³³. Essa concepção da interpretação adota uma valoração a respeito da função da interpretação que pode ser reconduzida a uma ideologia estática³⁴, que se orienta pelo valor fundamental da certeza do direito, por meio da busca de uma estabilidade das relações sociais e da absoluta previsão das decisões interpretativas judiciais³⁵.

No campo da teoria da norma, o formalismo interpretativo vê uma relação de identidade ou de correspondência entre texto e norma. A norma está no texto e é, portanto, determinada previamente por um outro agente que não aquele ao qual se atribui a função de aplicá-la, mas àquele a quem se atribui a função de produzir os dispositivos normativos. Significa que, no que se refere às relações do Estado, essa teoria encontra seu fundamento na estrita doutrina da separação dos poderes³⁶. Se a atividade do intérprete é meramente de conhecimento ou de descobrimento de sentido previamente determinado da norma, então se privilegia, na atividade de aplicação da norma, o critério interpretativo do significado literal³⁷. Diz-se formalista, com efeito, a interpretação que foca basicamente no sentido literal das palavras³⁸.

A atividade desenvolvida pelo intérprete no processo de interpretação e aplicação do direito é guiada basicamente pelas regras da lógica formal, considerando-se a sentença como a conclusão de um silogismo, que tem como premissa maior a disposição normativa (cujo significado é conhecido ou descoberto pelo intérprete), como premissa menor o fato e como conclusão a aplicação da premissa maior à menor, extraindo-se daí a respectiva consequência jurídica³⁹.

Verifica-se disso que o formalismo interpretativo, na sua versão mais extremada, adota uma espécie de interpretação cognitivista, ou seja, compreende que a atividade do intérprete é de identificação de significados pré-determinado dos enunciados normativos, apontando qual

Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo”, p. 183.

33 Riccardo Guastini. *Interpretare e Argomentare*, p. 410.

34 Jerzy Wróblewski. “L'interprétation en droit: théorie et idéologie”. In: *Archives de Philosophie du Droit*, n. 17, 1972, p. 65; Riccardo Guastini. *Interpretare e Argomentare*, p. 411; Vittorio Villa. *Una Teoria Pragmaticamente Orientata dell'Interpretazione Giuridica.*, p. 45.

35 Riccardo Guastini. *Interpretare e Argomentare*, p. 412; Vittorio Villa. *Una Teoria Pragmaticamente Orientata dell'Interpretazione Giuridica*, p. 45.

36 Riccardo Guastini. *Interpretare e Argomentare*, p. 411.

37 Vittorio Villa. *Una Teoria Pragmaticamente Orientata dell'Interpretazione Giuridica*, p. 45.

38 P. S. Atiyah; Robert Summers. *Form and Substance in Anglo-American Law: a comparative study of legal reasonig, legal theory and legal institutions*. Oxford: Claredon Press (1987), Reprinted 2002, p. 15.

39 Vittorio Villa. *Una Teoria Pragmaticamente Orientata dell'Interpretazione Giuridica*, p. 82.

o quais são os significados de determinado dispositivo, mas, na hipótese de haver mais de um, sem escolher nenhum. Em relação à teoria da interpretação, que diz respeito ao estatuto lógico da interpretação jurídica, segundo a concepção formalista, interpretar envolveria apenas atos de conhecimento, jamais atos de vontade.

Vittorio Villa refere que as tomadas de posições formalistas tendem a reaparecer ciclicamente, condicionados normalmente por fatores que remontam algumas vezes a certas reações a movimentos antiformalistas, ou em momentos de reorganização jurídica, como, por exemplo, em razão de uma nova codificação, ou, então, em situações em que o ordenamento jurídico, pelas mais diversas causas, parece trazer aos juristas um déficit de certeza⁴⁰.

Algumas dessas características puderam ser observadas em períodos ao longo da história jurídica moderna nos quais o formalismo interpretativo teve influência, seja nas escolas do pensamento jurídico dos países de *civil law* (*École d'Exégèse* e *Begriffsjurisprudenz*), seja nos de *common law* (*Analytical Jurisprudence*). Vejamos como se deu essa manifestação nessas correntes de pensamento.

2.1.1. O Formalismo Interpretativo no Continente Europeu

2.1.1.1. A *École de l'Exégèse*

Escola da Exegese (*École de l'Exégèse*) é o termo que se emprega para designar uma corrente do pensamento jurídico francês, nascida no começo do séc. XIX, e que por esse século subsistiu, com maior ou menor aderência ao sentido originário⁴¹. Caracterizou-se por identificar o direito como o conjunto dos textos legais sistematicamente dispostos em códigos. A metodologia de aplicação do direito submetia a lei a uma determinação de índole lógico-analítica, dedutivista e silogística. A função do juiz era vista como meramente declaratória de um sentido unívoco do texto normativo.

A história da Escola da Exesege pode ser dividida, segundo Bonnacase (*Les Interprètes du Code Civil*), divisão endossada por Bobbio, em três fases: os primórdios (1804 a 1830), o apogeu (de 1830 a 1880) e o declínio (de 1880 até próximo de 1900)⁴². Mais

40 Vittorio Villa. *Una Teoria Pragmaticamente Orientata dell'Interpretazione Giuridica*, p. 88.

41 António Castanheira Neves. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 181.

42 Norberto Bobbio. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 84.

precisamente quanto ao seu surgimento, relaciona-se à edição do Código Civil francês, o Código Napoleão, e tem seu final comumente considerado demarcado pelo aparecimento da obra de François Geny, *Méthode d'Interpretation et Sources en Droit Privé Positif*, de 1899.

Como o próprio nome revela, a Escola da Exegese ficou conhecida por se limitar a uma interpretação passiva e mecânica do Código Napoleão⁴³. Conforme anota Bobbio, a interpretação exegética é sempre a primeira consequência científica que emana de um direito que tenha sido codificado *ex novo* pelo legislador⁴⁴. Vittorio Villa, no mesmo sentido, refere que uma aproximação formalista da interpretação tende a surgir em época de renovação do ordenamento jurídico, ainda mais se atrelado a um momento de codificação⁴⁵, exatamente conforme ocorreu na França. Não por acaso essa corrente do pensamento jurídico tem seu início relacionado à edição do Código Napoleão. Para o seu surgimento pode ser considerada a concorrência de três pressupostos que se imbricam, se inter-relacionam e se intercondicionam: um pressuposto filosófico-jurídico no *jusnaturalismo*, um pressuposto político-jurídico no *legalismo* e um pressuposto cultural no fenômeno da *codificação*⁴⁶.

Fruto da doutrina filosófica de seu tempo, a Escola da Exegese é resultado de uma postura iluminista, de uma “forma cultural *de um tempo de 'razão' que ia consubstancial ao jusnaturalismo em geral, tanto moderno como iluminista, que o legalismo do século XIX dogmaticamente consagrou*”⁴⁷. O jusnaturalismo fazia das leis politicamente legitimadas na vontade geral serem fundadas no “*direito natural-racional deduzido de axiomas socialmente antropológicos*”⁴⁸.

O pressuposto do legalismo determinou a identificação do direito com a lei⁴⁹, uma entidade quase mística⁵⁰. “Eu não conheço o direito civil, eu só ensino o Código Napoleão”,

43 Norberto Bobbio. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*, p. 78.

44 Norberto Bobbio. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*, p. 83.

45 Vittorio Villa. *Una Teoria Pragmaticamente Orientata dell'Interpretazione Giuridica*, p. 79.

46 Essa é a sistematização dada por Castanheira Neves. António Castanheira Neves. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, p. 181. Poderia ser feita igual referência às cinco causas históricas da Escola da Exegese listadas por Norberto Bobbio, as quais, a nosso ver, estão contidas nos pressupostos referidos por Castanheira Neves, à exceção da última causa elencada pelo jurista italiano, que seria a pressão exercida pelo regime napoleônico sobre os estabelecimentos organizados de ensino superior do direito (Norberto Bobbio. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*, pp. 78-82).

47 António Castanheira Neves. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, p. 182.

48 António Castanheira Neves. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, p. 182.

49 António Castanheira Neves. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, p. 183; Norberto Bobbio. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*, p. 88.

50 Chaïm Perelman. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. 2a ed., São Paulo: Martins

são as ilustrativas palavras de Bugnet⁵¹. O direito manifestava-se na lei, e não haveria outro direito que não aquele prescrito em leis⁵². A lei torna-se não só a única fonte do direito, como também o único critério normativamente válido de decisão, recusando, com isso, a validade e a necessidade de qualquer outro critério para além dela⁵³. Essa redução do direito às leis escritas traz consigo uma concepção política que representa um postulado fundamental do legalismo exegetic, fundada na doutrina da estrita *separação dos poderes*, segundo a qual a tarefa de criação do direito tocava unicamente ao poder legislativo, não sendo permitido aos juízes fazê-lo, sob pena de indevida invasão na esfera de atuação do legislador⁵⁴. A consagrada imagem do juiz *bouche de la loi*, de Montesquieu, é a mais conhecida e representativa ilustração dessa compreensão. O dogma da separação dos poderes traz consigo, outrossim, a concepção rigidamente estatal do direito⁵⁵, isto é, o direito é aquilo que é produzido pelo Estado por meio da lei⁵⁶.

O pressuposto da codificação foi resultado da suposição da suficiência da lei. Mais precisamente, suficiência do *Code Civil* para dar solução a todos os casos jurídicos⁵⁷. A ideia de código ou de codificação evidentemente não surge nesse período, já que termos como *code* e *codice* são derivados de *codex*, “*uma espécie de livro compacto e costurado no dorso contendo matéria jurídica, recolhida na tradição ou derivada da autoridade de um monarca*”⁵⁸. No entanto, conforme leciona Judith Martins-Costa, nada liga as antigas codificações, assistemáticas e despidas de ordem e unidade – da qual é exemplo o *codex* de Justiniano – à codificação no sentido moderno, “*um instrumento que pressupõe, como condições de sua própria efetivação, a ab-rogação de todo o direito precedente, a formulação sistematizada de leis tendentes a impedir toda a possível antinomia e a pretensão de auto-*

Fontes, 2004, p. 53. Judith Martins-Costa, tratando do período da codificação, refere-se ao mito da lei (*A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 178).

51 As palavras de Bugnet são transcritas por François Geny: “Plus net et plus tranchant encore est le mot attribué à Bugnet: ‘Je ne connais pas le *droit civil*, je n’enseigne que le *code Napoléon*” (François Geny. *Méthode d’Interprétation et Sources en Droit Positif*. Tome Premier. 2 ed., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1919, p. 30).

52 António Castanheira Neves. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, p. 183.

53 António Castanheira Neves. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, p. 184. Mesma interpretação é dada por Judith Martins-Costa. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. p. 178.

54 Norberto Bobbio. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*, p. 79.

55 Norberto Bobbio. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*, p. 86.

56 Judith Martins-Costa. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. p. 192.

57 António Castanheira Neves. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, p. 185.

58 Judith Martins-Costa. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. p. 176.

suficiência do seu sistema interno, de modo a permitir a exclusão de todo e qualquer mecanismo de heterointegração”⁵⁹. Daí que a ideia de código nasce da Revolução⁶⁰ e é nesse contexto que deve ser compreendido o ideal de suficiência da lei, que revela, uma vez codificada, sua *pretensão de plenitude*. De um lado, significava que a lei, sendo geral e abstrata, seria suficiente e bastaria em si só para regular todos os casos e atender a todas as exigências da vida social, revelando, assim, um pensamento ahistórico do histórico⁶¹. “Era a identificação da juridicidade e de sua normatividade com a racionalidade abstracta”⁶². De outro lado, a pretensão de plenitude da codificação postulava que os enunciados normativos formassem um sistema completo e fechado, externa e internamente: externamente fechado, porque o direito vigente (o conjunto de leis) estará não mais disperso numa multiplicidade de fontes, mas será facilmente identificado no código; internamente, porque completo, materialmente ordenado e conectado, sem espaços para lacunas⁶³. Tratando, com efeito, do método que denominou de “tradicional”, François Geny refere que os comentadores franceses vinculados a essa escola adotaram o postulado de que a legislação formal (o conjunto de atos legislativos promulgados, comenta o autor) seria suficiente a revelar todas as regras jurídicas necessárias às demandas da vida social em matéria de direito privado. Cita, como exemplo, uma passagem de Valette, que afirma que seria uma surpresa encontrar um caso não regulado pela legislação⁶⁴.

Tendo em vista que para a Escola da Exegese o sistema está completo no código, então, uma vez estabelecidos os fatos, “*basta formular o silogismo judicial, cuja premissa maior deve ser formada pelas regras jurídicas incidentes, e a premissa menor pela*

59 Judith Martins-Costa. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, pp. 176-177.

60 “A codificação nasce e se justifica com a Revolução de 1789” (Judith Martins-Costa. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 177).

61 António Castanheira Neves. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, p. 185.

62 António Castanheira Neves. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, p. 185. Na mesma passagem, refere o autor português que há de se reconhecer aí a presença do racionalismo jusnaturalista moderno-iluminista ao serviço de um estrito legalismo, a revelar, a nosso ver, o intercondicionamento entre os pressupostos.

63 Judith Martins-Costa. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. p. 170; António Castanheira Neves. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, p. 185.

64 “Dominés et comme éblouis par les résultats de la codification, les commentateurs français modernes ont accepté, au moins imoicement, à titre de postulat, cette idée, que la législation formelle, - j'entends dire l'ensemble des actes législatifs promulgués, et encore en vigueur en France, - doit suffire à nous révéler toutes les règles juridiques, nécessaires aux besoins de la vie sociale, en matière de droit privé: '...On a tant légiféré, surtout depuis 70 ans', écrivait Valette em 1872, 'qu'il serait bien étonnant de trouver un cas résulté tout à fait em dehors des prescriptions législatives'” (François Geny. *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Positif*, p. 28).

*comprovação de que foram cumpridas as condições ou pressupostos previstos na regra*⁶⁵. Tratava-se, portanto, de um método lógico-dedutivo de aplicação da lei⁶⁶, baseado na subsunção, operação lógica de entre conceitos idênticos⁶⁷. O conceito do fato é subsumido ao conceito abstrato da norma, e os demais caracteres do fato não valorizados pela norma são automaticamente desprezados pelo aplicador⁶⁸. Para construir esse sistema perfeito, seria necessário, conforme refere Perelman, que fosse completo e coerente, em que toda e qualquer situação posta diante do juiz tivesse uma solução prevista na lei, que não houvesse mais que uma e que fosse imune à ambiguidade⁶⁹. A completude e coerência demandam a ausência de vagueza, lacunosidade ou ambiguidade dos textos jurídicos⁷⁰. Exigem, em outras palavras, um significado unívoco da lei, já que, conforme Perelman “*em um sistema axiomático formalizado, esta última exigência é sempre satisfeita [ausência de ambiguidade], pois a linguagem artificial, elaborada em lógica formal ou aritmética, exige a univocidade dos signos assim como as regras do seu manejo*”.⁷¹

Se todo o direito era identificado com a lei, que só poderia ser criado pela autoridade instituidora da norma, a atividade reclamada por parte do juiz era meramente declaratória daquele significado unívoco da lei. Conforme Guastini, a teoria da interpretação adotada pela Escola da Exegese era uma teoria cognitivista, segundo a qual a interpretação envolveria apenas atos descoberta ou de conhecimento de um significado único e pré-existente do texto legal suscetível de conhecimento pelo intérprete, e jamais envolveria um ato de vontade.⁷² Sendo a interpretação ato de conhecimento de um significado claro e determinado previamente pelo legislador, não haveria espaço, imaginou-se, para atividade interpretativa do

65 Judith Martins-Costa. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 194. No mesmo sentido, Chaïm Perelman. *Lógica Jurídica: nova retórica*, p. 33: “Uma vez estabelecidos os fatos, bastava formular o silogismo judiciário, cuja maior devia ser fornecida pela regra de direito apropriada, a menor pela constatação de que as condições previstas na regra haviam sido preenchidas, sendo a decisão dada pela conclusão do silogismo”.

66 Era o esquema do “silogismo judiciário”, a que se refere Castanheira Neves (António Castanheira Neves. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, p. 189).

67 Humberto Ávila. “Subsunção e concreção na aplicação do direito”. In: *Faculdade de Direito: o ensino jurídico no limiar do novo século*. Antonio Paulo Cachapuz Medeiros (org.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 414.

68 Humberto Ávila. “Subsunção e concreção na aplicação do direito”, p. 420.

69 Chaïm Perelman. *Lógica Jurídica: nova retórica*, pp. 33-34.

70 Judith Martins-Costa. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. p. 195.

71 Chaïm Perelman. *Lógica Jurídica: nova retórica*, p. 34. Na mesma passagem, refere o autor que “ se o sistema é completo, deveríamos ter condições de demonstrar cada proposição formulada na linguagem ou de demonstrar sua negação. Se o sistema é coerente, deveria ser impossível demonstrar dentro dele uma proposição e sua negação” (p. 34).

72 Riccardo Guastini. *Interpretare e Argomentare*, p. 409. No mesmo sentido, Humberto Ávila. “Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo”, p. 185.

juiz que não meramente cognitiva, pois *in claris non fit interpretatio*, expressão comumente associada ao período da exegese⁷³. Daí que o juiz não poderia ser mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei, pois subverteria o sistema da separação dos poderes, que vê no legislativo o monopólio de produção do direito, a possibilidade de o juiz alterar, mediante um ato de vontade, aquela vontade do legislador histórico, uma vez que o juiz não seria investido da legitimidade que confere a eleição democrática⁷⁴. Se o significado da lei é claro e se a interpretação envolve um puro ato de conhecimento do sentido dado pelo legislador, então a consequência é que se imaginou, para os mentores da exegese, que seria possível proibir o juiz de interpretar⁷⁵.

Dessa forma, verifica-se que o formalismo interpretativo teve entrada nos Oitocentos, na França, por meio do processo da codificação napoleônica, ambiente jurídico cultural que proporcionou seu desenvolvimento⁷⁶. As características do formalismo são marcantes na Escola da Exegese, uma vez que essa compreende que os materiais jurídicos têm um significado inteiramente pré-constituído à interpretação e que deve ser descoberto pelo intérprete, por exigência, nesse período, de aplicação do direito por parte dos juízes. Para a Escola da Exegese, a legítima interpretação é acima de tudo uma descoberta do verdadeiro significado⁷⁷. A ideia de que o código seria completo para abarcar todas as situações da vida (plenitude e completude) revela uma premissa do formalismo interpretativo, presente na escola exegética, segundo a qual o direito constitui uma entidade autônoma e neutra em relação ao contexto histórico e cultural⁷⁸.

73 Judith Martins-Costa. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 195. Segundo Giovanni Tarello, a máxima *in claris non fit interpretatio* nem sempre teve o significado a que se atribui hoje. Conforme explicita, trata-se de brocardo antigo, difundido entre os escritores do direito comum. Os escritores do direito comum chamavam de *interpretatio* o produto da atividade de comentar realizada pelos doutores e pelas decisões dos tribunais, aos quais era reconhecida a autoridade de direito (objetivo) relativamente às matérias não diretamente disciplinadas pela *lex*, compreendida como o corpo do direito romano-justiniano e a produção estatutária de outros órgãos delegados. O princípio *in claris non fit interpretatio*, portanto, era um princípio de hierarquia das fontes, segundo o qual era excluído o recurso às fontes do direito *interpretatio* nos casos diretamente regulados pela fonte do direito *lex*. Após a codificação napoleônica, a *interpretatio* não é mais reconhecida como fonte do direito, mas como a atividade de atribuição de significado aos documentos legislativos. No clima da Escola da Exegese, dizer que *in claris non fit interpretatio* significa propugnar um menor recurso aos instrumentos interpretativos tradicionais aptos a superar a letra da lei e, assim, a violar a vontade do legislador histórico (Giovanni Tarello. *L'Interpretazione della Legge*, pp. 33-34).

74 Riccardo Guastini. *Interpretare e Argomentare*, p. 411.

75 António Castanheira Neves. *O Instituto dos "Assentos" e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: 1983, p. 81.

76 Vittorio Villa. *Una Teoria Pragmaticamente Orientata dell'Interpretazione Giuridica*, p. 80.

77 Vittorio Villa. *Una Teoria Pragmaticamente Orientata dell'Interpretazione Giuridica*, pp. 82-83.

78 Vittorio Villa. *Una Teoria Pragmaticamente Orientata dell'Interpretazione Giuridica*, p. 82.

2.1.1.2. A Escola Histórica do Direito e a *Begriffsjurisprudenz*

O surgimento do positivismo jurídico na Alemanha esteve ligado à Escola Histórica do Direito. Essa corrente do pensamento jurídico foi expressão jurídica de um movimento filosófico-cultural mais alargado chamado de historicismo⁷⁹ ou de “escola histórica”⁸⁰, que surgiu no final do séc. XVIII e início do séc. XIX, e que atingiu todos os domínios culturais. Tinha esse movimento filosófico-cultural por essência a oposição ao racionalismo iluminista, sua abstrata autonomia construtiva, e pregava a afirmação de uma natureza histórica constitutiva da realidade humana e de suas manifestações culturais⁸¹. Para o historicismo, o homem era considerado em sua individualidade, que varia em razão da raça, da cultura, do período histórico, concepção oposta à do racionalismo, que o via abstratamente sempre com certos caracteres fundamentais iguais e imutáveis. Para o historicismo, contraposta à concepção racional da história estava o seu sentido irracional: o homem não se move pela razão, pelo cálculo, mas, ao contrário, pela não-razão, pela emoção, uma atitude não voluntarista e espontânea. Há um grande apego pelo passado, pela tradição, um culto às instituições e costumes formado por meio de um desenvolvimento lento da sociedade⁸².

Foi nesse contexto cultural que a Escola Histórica do Direito formou seu postulado fundamental do entendimento do direito “*como uma normativa realidade histórico-cultural que se manifesta na vida historicamente real de um 'povo'*”⁸³. O direito, portanto, não seria resultado da razão, não existiria um único e universal direito, mas seria um produto formado pela história, variável conforme as condicionantes culturais. Seria, uma questão peculiar de cada povo, assim como a língua, os costumes⁸⁴. Os autores dessa corrente, mais do que recepcionar o direito romano na Alemanha, postularam redescobrir o verdadeiro e antigo direito germânico, buscado no costume, que nasceria diretamente do povo e exprimiria o

79 Norberto Bobbio. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*, p. 45.

80 António Castanheira Neves. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, p. 203.

81 António Castanheira Neves. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, p. 203.

82 Cf. Norberto Bobbio. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*, pp. 48-51.

83 António Castanheira Neves. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, p. 206.

84 “Presso ogni nazione, che abbia una storia non dubia, noi vediamo il diritto civile rivestire un carattere determinato, affatto peculiare a quel popolo, non altrimenti che la sua lingua, i suoi costumi, la sua costituzione politica”. (Friedrich Carl von Savigny. *La Vocazione del Nostro Secolo per la Legislazione e la Giurisprudenza*. Verona; Libreria alla Minerva Editrice, 1857, p. 102).

sentimento e o “espírito do povo” (*Volksgeist*)⁸⁵. Opondo-se claramente ao racionalismo iluminista, o direito deixa de ser concebido num sentido de norma axiomático-racional e suscetível de dedução, ou mesmo como uma “*contingente e arbitrária prescrição legislativa*”⁸⁶. O direito passa a ser visto como “*uma entidade cultural de raiz histórica que havia de ser conhecida em precipitados históricos culturais específicos (os costumes, as tradições culturais, as instituições historicamente reais) de uma determinada comunidade, mediante uma elaboração científica chamada à sua explicitação e determinação sistemáticas*”⁸⁷.

Verifica-se, nesse contexto, o repúdio da Escola Histórica do Direito ao voluntarismo racionalista que tinha a concepção do monopólio do direito nas mãos do legislador que, por sua vez, exprimiria a razão jurídica em termos de enunciados legislativos sistematicamente codificados. O direito não era identificado com a lei, mas como algo advindo a partir de sua natureza histórica, essa última não como mero fato, mas como categoria constitutiva do direito⁸⁸. A fonte originária do direito não era a lei, mas a comum convicção jurídica do povo, o espírito do povo, na concepção de seu maior expoente, Savigny⁸⁹. Não significa que a Escola Histórica do Direito negasse a existência de um legislador ou da lei, mas certamente rejeitava o papel que lhe era dado pelo legalismo iluminista. Reconhecia sua legitimidade apenas “*como expressão do direito originário, do 'direito do povo já existente'*”⁹⁰, possuindo uma “*função complementar e de garantia: determinando o direito positivo quando ele se mostrasse indeterminado, suprimindo as suas lacunas, colaborando no seu desenvolvimento progressivo sempre que 'a mudança dos costumes, das opiniões, das necessidades' o justificasse*”⁹¹, já que todo o direito positivo seria sempre *Volksrecht*, isto é, direito do povo. Poderia até haver lei nova, mas por questões políticas, e a ideia de código regulando todo o direito representaria uma superafetação⁹². É “*nella prima età dei popoli*”, diz Savigny, onde se

85 Cf. Norberto Bobbio. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*, pp. 51-53.

86 António Castanheira Neves. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, p. 206.

87 António Castanheira Neves. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, p. 206.

88 António Castanheira Neves. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, p. 207.

89 Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*. 6a ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012, p. 13.

90 António Castanheira Neves. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, p. 210.

91 António Castanheira Neves. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, p. 210.

92 Friedrich Carl von Savigny. *La Vocazione del Nostro Secolo per la Legislazione e la Giurisprudenza*, p. 108.

encontra verdadeiramente a mais espontânea instituição do direito⁹³.

Mas se o direito se via historicamente constituído, era tarefa dos juristas a sua rigorosa sistematização e concreta aplicação, de modo que, ainda que a Escola Histórica do Direito quisesse impor à ciência do direito um tratamento histórico, não deixou de ambicionar uma natureza dogmática, precisamente numa intenção sistemático-filosófica. E essa concepção de sistema veio compreendida nesse período como uma unidade racional e estruturalmente formal, influência direta de Kant sobre o pensamento de Savigny⁹⁴. Para Savigny, a ciência do direito era uma ciência histórica e também filosófica (sistemática)⁹⁵, exigindo-se, assim, uma “*combinação dos métodos 'histórico' e 'sistemático', referindo-se aquele à formação de cada lei dentro de uma certa situação histórica e propondo-se este compreender a totalidade das normas e dos institutos jurídicos subjacentes como um todo englobante*”⁹⁶. Essa preocupação científica e dogmática, contudo, levou a um paradoxo: a opção pelo sistemático fez diminuir sensivelmente o histórico⁹⁷ – o que é histórico é dificilmente formalizável sistematicamente de maneira universalizante.

Se o direito positivo é sempre *Volksrecht*, sendo a lei expressão do *direito do povo já existente*, e o direito, para ser ciência, deveria ser formalmente sistematizado, a consequência do ponto de vista da teoria jurídica é que o direito é um dado pronto, pré-existente, que deve ser *descoberto* em determinado contexto cultural. O direito poderia ser encontrado olhando-se para a história e para a tradição do povo, nessa história constitutivamente fundado, mas, definitivamente, *objeto de conhecimento*. Aí está a raiz da origem positivista do direito na Alemanha, porque a Escola Histórica do Direito compreendia que o direito era objeto suscetível de conhecimento. Isso significa que, embora essa corrente do pensamento jurídico não identificasse o direito com a lei, por via diversa da Escola da Exegese acabou pressupondo igualmente uma teoria da interpretação que se pode dizer cognitivista, pois sendo o direito objeto cognoscível, representaria fenômeno que excluiria de sua atividade qualquer ato de vontade (criação pelo legislador), mas envolveria apenas atos de conhecimento, ou, melhor dizendo, de reconhecimento. O direito não seria permeado pela

93 Friedrich Carl von Savigny. *La Vocazione del Nostro Secolo per la Legislazione e la Giurisprudenza*, p. 113.

94 António Castanheira Neves. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, p. 211.

95 Explica Karl Larenz (*Metodologia da Ciência do Direito*, pp. 9-10) que o termo filosófico, para Savigny, era sinónimo de sistemático.

96 Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 18.

97 António Castanheira Neves. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, p. 212.

vontade do legislador em dizer o que o constitui, mas seria aquilo que o juiz reconhecesse, mediante a apreensão de um sentido pré-existente devidamente sistematizado doutrinariamente, como o direito historicamente constituído de um povo. Resultado dessa concepção foi a ilustrativa proposta de Savigny a respeito dos quatro elementos que consubstanciaríamos a interpretação jurídica: gramatical, histórico, lógico e sistemático. Não é por outra razão que Savigny rejeita uma interpretação mais extensiva ou restritiva de acordo com a finalidade da lei, porque o fim da lei, na sua visão, não faria parte do conteúdo da norma; do contrário, o fim da lei seria aposto artificialmente pelo intérprete⁹⁸, ou seja, demandaria um ato de vontade. A concepção histórica e, principalmente, sistemática – sistema construído a partir de conceitos jurídicos – foi o ponto de arranque para o desenvolvimento subsequente, na Alemanha, da Jurisprudência dos Conceitos (*Begriffsjurisprudenz*)⁹⁹.

Foi o sucessor de Savigny, Puchta, quem deu o passo seguinte em direção a um sistema lógico formado por conceitos, determinando, assim, a corrente da Jurisprudência dos Conceitos (*Begriffsjurisprudenz*)¹⁰⁰ e impondo o formalismo conceitual rigoroso da pandectística¹⁰¹. Com Puchta, percorre-se o caminho do espírito do povo ao monopólio dos juristas – o autor faz suceder na vida jurídica dos povos, conforme leciona Wieacker, um período da “inocência”, um período da “multiplicidade” e um período redutor da multiplicidade a uma “unidade superior”, o da “cientificidade”¹⁰². Puchta constrói um sistema lógico fechado baseado em conceitos, “*construído de forma contínua e sem lacunas e a dedução das normas jurídicas isoladas e das decisões jurídicas concretas só se torna possível observando o estrito rigor lógico*”¹⁰³. As normas e decisões jurídicas poderiam ser deduzidas de conceitos, o direito poderia ser reconduzido a uma pirâmide de conceitos construídos segundo a lógica formal, chegando o autor a se referir a uma genealogia dos conceitos¹⁰⁴. Toda a criação do direito torna-se o desenvolvimento a partir do conceito e a legitimidade das normas jurídicas estaria fundada na sua correção sistemática, na sua validade lógica e na sua

98 Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*, pp. 11-12. Numa fase posterior do seu trabalho, conforme refere Larenz (p. 17), Savigny admite a utilização da interpretação teleológica na atividade interpretativa, porém sempre “com grande precaução”.

99 Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 19.

100 Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 23.

101 Franz Wieacker. *História do Direito Privado Moderno*. 4a ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 137.

102 Franz Wieacker. *História do Direito Privado Moderno*, p. 455.

103 Franz Wieacker. *História do Direito Privado Moderno*, p. 457.

104 Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 24; Franz Wieacker. *História do Direito Privado Moderno*, p. 457.

racionalidade¹⁰⁵. Incluem-se na corrente da Jurisprudência dos Conceitos, com uma ou outra particularidade, o método histórico-natural da primeira fase de Jhering e o positivismo legal racionalista de Windscheid¹⁰⁶.

A Jurisprudência dos Conceitos compreende que o direito pode ser visto como um objeto de conhecimento, produto de dedução científica que é trazido à luz das normas ocultas no espírito jurídico nacional¹⁰⁷. Admite, portanto, o direito logicamente deduzido de conceitos como uma construção puramente conceitual abstrata, fundamentado no método lógico-dedutivo¹⁰⁸, por meio do qual se conferiu ao direito positivo “*a forma clássica de uma ciência dogmática*”¹⁰⁹. Esse desenvolvimento da Jurisprudência dos Conceitos denota o seu afastamento da Escola Histórica, que, de alguma forma, ainda se mantinha mais rente aos aspectos sociais - ligado à ideia de *Volksrecht* – consubstanciando-se numa ciência jurídica abstrata e desligada da realidade social, política e moral do direito¹¹⁰, terreno fértil para o formalismo jurídico.

Esse período do pensamento jurídico que se desenvolveu na Alemanha revela, com efeito, exatamente uma tomada de posição formalista. Há, aqui também, uma compreensão de que os significados normativos são pré-existentes à interpretação, que devem ser descobertos por exigência de uma construção e sistematização dogmática que, se na França foi obra do legislador, na Alemanha, na ausência de uma codificação, era tarefa dos juristas descobrir o direito que existia numa profunda estrutura inerentemente sistemática¹¹¹.

2.1.2. O Formalismo Interpretativo no *Common Law*: A *Analytical Jurisprudence*

Praticamente no mesmo período em que se desenvolviam no Continente escolas do pensamento jurídico que se alinhavam claramente à linha de teoria formalista da interpretação, formava-se, principalmente na Inglaterra, uma corrente de proposta semelhante, qual seja, a *analytical jurisprudence*. O termo “analítico” denota uma atividade que requer um objeto a ser analisado, algo a ser explicado analiticamente que existe independentemente da

105 Franz Wieacker. *História do Direito Privado Moderno*, p. 457.

106 Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*, pp. 29-39.

107 Franz Wieacker. *História do Direito Privado Moderno*, p. 457.

108 Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*, pp. 29.

109 Franz Wieacker. *História do Direito Privado Moderno*, p. 458.

110 Franz Wieacker. *História do Direito Privado Moderno*, p. 458.

111 Vittorio Villa. *Una Teoria Pragmaticamente Orientata dell'Interpretazione Giuridica...*, p. 82.

análise em si. No âmbito do direito, o objeto de análise é ou inclui a atividade social humana que em alguma medida estabelece uma ordem normativa em uma sociedade. Essa análise é desenvolvida por um agente consciente racional cuja atividade é estruturada por referência a um âmbito conceitual, sendo primordialmente, mas não somente, jurídicos os conceitos mais relevantes. Essa caracterização da atividade analítica foi feita por MacCormick¹¹² e tem relevância para demonstrar que o termo pode ser usado para designar uma aproximação a respeito do direito em maior ou menor medida *positivista*. Isso significa que uma ampla gama de teóricos do direito, em diferentes épocas e condições culturais, podem ser chamados de “analíticos”, ou sua teoria, nos países de *common law*, de *analytical jurisprudence*¹¹³. Para este específico tópico do trabalho, utilizaremos a expressão *analytical jurisprudence* para designar uma corrente do pensamento jurídico que se desenvolveu principalmente na Inglaterra no final do séc. XVIII e ao longo do séc. XIX¹¹⁴, podendo ser identificada também como *early legal positivism*¹¹⁵.

A *analytical jurisprudence* desenvolveu-se no *common law* como uma resposta às teorias do direito natural, encorajando os estudos jurídicos focados no direito como um resultado do esforço humano a fim de evitar a falta de clareza imputadas às teorias do direito natural¹¹⁶. Com efeito, no século XIX um dos juristas mais importantes do direito inglês era considerado Blackstone, para quem o direito (o *common law*) era baseado na razão e no direito natural.¹¹⁷ Blackstone (assim como Sir Edward Coke e Sir Matthew Hale) é considerado um teórico da chamada teoria declaratória no *common law*. Esses juristas compreendiam que o *common law* consistia nos usos e costumes pelos os *Englishmen* que

112 “Any analytical inquiry requires an analysandum, something to be explained analytically which is supposed to exist independently of the inquiry itself. In the case of law, the subject of the inquiry is or includes human social activity which sets and to some extent establishes a normative order in society. This activity is carried on by conscious rational agents whose activity is structured by reference to a conceptual framework, the relevant concepts being legal concepts, though they are by no means exclusively legal ones”. Neil MacCormick. “Analytical Jurisprudence and The Possibility of Legal Knowledge”. In: *Saskatchewan Law Review*, v. 49, 1984-1985, p. 2.

113 Basta ver que MacCormick cita como exemplos de teóricos da *analytical jurisprudence* que proporcionaram importantes contribuições para a filosofia política e normativa, Hume, Bentham, Austin, Kelsen, Hart e Raz (“Analytical Jurisprudence and The Possibility of Legal Knowledge”, p. 2).

114 Giovanni Tarello utiliza a mesma expressão (*giurisprudenza analitica*) para designar o período abordado nesse tópico, explicando, contudo, que a utiliza num sentido “austiniano” e não moderno (*Il Realismo Giuridico Americano*. Milano: Giuffrè, 1962, p. 62). No mesmo sentido, denominando de teoria analítica, Thomas Bustamente. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*, p. 71.

115 Elise G. Nalbandian. “Early Legal Positivism: Bentham & Austin”. In: *Mizan Law Review*. v. 2, n° 1, jan. 2008, pp. 147 e ss., Bobbio também inclui os autores desse período como teóricos das origens do positivismo (*O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*, pp. 91-118).

116 Elise G. Nalbandian. “Early Legal Positivism: Bentham & Austin”, p. 147.

117 Elise G. Nalbandian. “Early Legal Positivism: Bentham & Austin”, p. 148.

havia sido governados desde tempos imemoriais, suplementados por princípios de justiça privada e conveniência pública¹¹⁸, de modo que as decisões dos tribunais serviriam de uma evidência ou de uma prova do que seria o *common law*¹¹⁹.

Jeremy Bentham inaugurou a *analytical jurisprudence* opondo-se à teoria do jusnaturalismo, inspirado pelas ideias do pensamento iluminista¹²⁰. Bentham criticava o *common law*¹²¹ e criticava de modo mais agudo a prática de justificar uma decisão simplesmente por referência ao direito natural¹²². Para Bentham, as teorias fundadas no direito natural não seriam capazes de prover um guia seguro e objetivo do que seria moral ou imoral, ou que seria bom ou ruim, ao decidir a respeito do direito válido e estariam baseadas em uma compreensão subjetiva de moralidade¹²³. Pelo contrário, sua obra demonstra que Bentham compreendia que era possível a construção de uma ética objetiva, o que o autorizou a formular uma doutrina que acreditava na possibilidade de estabelecer leis racionais válidas universalmente,¹²⁴ tendo sido um ferrenho defensor de uma reforma do direito inglês para um sistema de codificação. No campo dos valores, Bentham era um utilitarista, que procurava guiar os comportamentos humanos de modo objetivo de acordo com os sentimentos de prazer e de dor, que seriam mensuráveis de forma uniforme para todos os homens. Na sua compreensão seria possível, graças a elementos científicos e objetivos, definir todas as controvérsias sobre os valores¹²⁵.

Bentham buscou identificar o a natureza do direito como um comando de um politicamente superior a um politicamente inferior, emanado em razão da soberania daquele que transforma o direito em um comando explícito ou implícito¹²⁶. Sendo o direito um corpo de regras proferido por um soberano, que idealmente deveria assumir a forma de legislação, aparece na obra de Bentham o início da noção do direito como algo positivado por uma

118 Rupert Cross; J. W. Harris. *Precedent in English Law* (1991). 4a ed. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 28.

119 Conforme transcrição de uma passagem de Blackstone, feita por Rupert Cross; J. W. Harris. *Precedent in English Law*, p. 28: “the decisions of the courts of justice are the evidence of what common law is”.

120 Bobbio noticia que Bentham pertencia ao grupo de intelectuais ingleses que simpatizavam com a Revolução Francesa, inclusive vindo a receber a nacionalidade francesa em 1792 (Norberto Bobbio. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*, pp. 92-93).

121 Giovanni Tarello. *Il Realismo Giuridico Americano*, p. 29; Norberto Bobbio. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*, pp. 96-100.

122 J. L. Montrose. “Bentham”. In: *Nothern Ireland Legal Quartely*, v. 28, 1948-1950, p. 33.

123 Elise G. Nalbandian. “Early Legal Positivism: Bentham & Austin”, p. 148.

124 Norberto Bobbio. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*, p. 92.

125 Chaïm Perelman. *Lógica Jurídica: nova retórica*, p. 150.

126 P. S. Atiyah; Robert Summers. *Form and Substance in Anglo-American Law: a comparative study of legal reasonig, legal theory and legal institutions*, p. 223.

determinada autoridade¹²⁷. Se o direito identificava-se com o que estava positivado, seria dificilmente surpreendente perceber que outra característica marcante de sua obra foi a insistência na separação entre direito e moral e, por consequência, sua rejeição às ideias professadas pela doutrina do direito natural¹²⁸. Todos os direitos derivavam do direito positivo¹²⁹.

Nos Estados Unidos, conforme noticiam Atiyah e Summers, não houve um jurista de tamanho porte, contemporâneo a Bentham, nem sua doutrina teve grande influência. Isso porque, mesmo alguns anos antes de 1776, a vertente dominante da teoria do direito era a do direito natural, do que é testemunha a Declaração de Independência¹³⁰. Nada obstante, a doutrina de Bentham cooptou adeptos, tendo sido seguida, nos Estados Unidos por Edward Livingston, conhecida figura reformadora do direito e teórico do direito codificado dos Estados Unidos do séc. XIX, responsável pela codificação da Louisiana, que criticava uma ideologia do *common law* como *law of the land* e, portanto, colocava-se contra uma concepção jusnaturalista do *common law*¹³¹.

O desenvolvimento da teoria de Bentham na Inglaterra foi efetuado por seu discípulo John Austin, para quem o direito era identificado com soberania, comandos e sanções. O direito em sentido estrito seria o direito positivo, em que as normas são suportadas por sanções e as leis são feitas de homens para homens¹³², fundadas, portanto, na razão e na autoridade. Para Austin, só existiria direito em comunidades independentes que possuíssem um soberano político identificado, cujos comandos seriam seguidos, sendo esse soberano o parlamento, de tal forma que esse seria o único órgão que teria o poder de promulgar o seu próprio direito¹³³. Austin inclui, contudo, o *judge-made-law* como uma parte do direito, no sentido de que o soberano delegaria autoridade ao juiz para criar o direito¹³⁴. A distinção estaria não em direito estatal e direito não-estatal, mas entre direito posto imediatamente e

127 P. S. Atiyah; Robert Summers. *Form and Substance in Anglo-American Law: a comparative study of legal reasoning, legal theory and legal institutions*, p. 223.

128 P. S. Atiyah; Robert Summers. *Form and Substance in Anglo-American Law: a comparative study of legal reasoning, legal theory and legal institutions*, p. 224.

129 P. S. Atiyah; Robert Summers. *Form and Substance in Anglo-American Law: a comparative study of legal reasoning, legal theory and legal institutions*, p. 224.

130 P. S. Atiyah; Robert Summers. *Form and Substance in Anglo-American Law: a comparative study of legal reasoning, legal theory and legal institutions*, pp. 229-239.

131 Giovanni Tarello. *Il Realismo Giuridico Americano*, p. 29.

132 Elise G. Nalbandian. “Early Legal Positivism: Bentham & Austin”, p. 150.

133 Elise G. Nalbandian. “Early Legal Positivism: Bentham & Austin”, p. 152; Norberto Bobbio. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*, pp. 107.

134 Elise G. Nalbandian. “Early Legal Positivism: Bentham & Austin”, p. 152; Norberto Bobbio. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*, pp. 107.

direito posto mediatamente¹³⁵. O *common law*, portanto, existiria por ser estabelecido por juízes que possuíam *law-making authority*, de modo que o ataque feito por Austin deu-se em termos de que seria ingênuo pensar que o *common law* não seria feito por juízes, mas constituir-se-ia “em algo milagroso feito por ninguém, existente desde sempre e para a eternidade, meramente declarado de tempo em tempo”¹³⁶. Embora reconheça o poder criativo do direito judiciário, Austin entende que o melhor é o direito legislado, elencando, para isso, uma série de defeitos apontados contra o direito judiciário¹³⁷ e concluindo pela necessidade de substituição pelo direito codificado¹³⁸. Nos Estados Unidos a doutrina de Austin foi seguida por Langdell, que aplicava no ensinamento jurídico uma concepção sistemática do direito que era, conforme Tarello, sem dúvida de derivação austiniana¹³⁹. Também John C. Gray foi influenciado por Austin, na medida em que concebia a ciência jurídica como análise de comandos e reconstrução desses comandos a princípios sempre mais gerais¹⁴⁰.

2.2. O Antiformalismo Interpretativo

O antiformalismo interpretativo não pressupõe que haja uma identificação, nem uma correlação biunívoca, entre texto e norma. Texto e norma são dissociáveis. A norma é o resultado da interpretação do texto. Interpretar, portanto, não significa descobrir, conhecer ou revelar, mediante um ato exclusivamente cognitivista, um sentido pré-determinado e intrínseco de um texto normativo.

Esse modelo interpretativo admite que possa haver, além de ato de conhecimento, ato de vontade, de modo que autoriza que o intérprete desempenhe uma atividade adscritiva ou criativa de significado. Entram, aqui, o tipo de interpretação adscritiva e criativa, bem como as teorias céticas e eclética da interpretação (ponto 1).

Conforme refere Vittorio Villa, o antiformalismo interpretativo tem tomado posições de destaque no campo na história da cultura jurídica ocidental dos dois últimos séculos e

135 Norberto Bobbio. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*, pp. 107.

136 Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes Obrigatórios*. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 26.

137 As críticas ao direito judiciário são: o direito judiciário seria menos acessível ao conhecimento; seria produzido com menor ponderação; seria frequentemente emitido *ex post facto*; seria mais vago e incoerente; haveria a dificuldade de certificar a validade das normas de direito judiciário; seria de escassa compreensibilidade, e; não seria jamais auto-suficiente (Norberto Bobbio. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*, pp. 110-112).

138 Norberto Bobbio. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*, p. 112.

139 Giovanni Tarello. *Il Realismo Giuridico Americano*, p. 32.

140 Giovanni Tarello. *Il Realismo Giuridico Americano*, p. 32.

representa uma reação aos excessos do formalismo¹⁴¹. Com efeito, à medida em que o direito vai se desenvolvendo, sobretudo nos sistemas codificados, aumenta-se a distância histórica e cultural entre a codificação e a realidade econômico-social. Esse ambiente mostra-se propício, então, às concepções antiformalistas, que concebem que o jurista possa resolver questões aplicativas e interpretativas indo mais diretamente buscar o fundamento na realidade social e não tanto tendo em vista o sistema normativo¹⁴².

Num primeiro momento, as reações antiformalistas foram dirigidas contra a ideia de que a atividade de intérprete estava circunscrita a elementos intrínsecos ao ordenamento jurídico e que as soluções jurídicas deveriam ser buscadas com apoio em fatores históricos, sociais e econômicos, buscando voltar sua atenção, com isso, mais à resolução de problemas econômicos-sociais do que ao exame do significado intrínseco das disposições jurídicas¹⁴³. O objeto crítico comum dessas primeiras correntes de reação ao formalismo foi o logicismo jurídico, isto é, a limitação da atividade jurídica aos ditames da lógica formal.

Já num segundo momento, as correntes de inspiração antiformalistas colocaram-se de modo menos radical, admitindo na atividade de interpretação jurídica uma medida de conhecimento e uma medida de adscrição e de criação, reconhecendo-se a existência de um papel importante, embora não preponderante, do raciocínio lógico na atividade interpretativa.

Vejamos como isso ocorreu.

2.2.1. As Primeiras Reações ao Formalismo Interpretativo

2.2.1.1. No Continente: o Movimento do Direito Livre, a *Libre Recherche Scientifique* (*Freirechtsbewegung*) e a *Interessenjurisprudenz*.

Como um contraponto às escolas do pensamento jurídico que se inclinaram para o manejo do direito por meio de um modo formalista de interpretação, surgiram no Continente e nos países de *common law* as primeiras correntes que esboçaram uma primeira reação ao formalismo interpretativo, que podem ser identificadas como o movimento do direito livre, ao qual podem ser acrescidas a *Libre Recherche Scientifique* (*Freirechtsbewegung*) e a

141 Vittorio Villa. *Una Teoria Pragmaticamente Orientata dell'Interpretazione Giuridica*, p. 79.

142 Vittorio Villa. *Una Teoria Pragmaticamente Orientata dell'Interpretazione Giuridica*, p. 79.

143 Vittorio Villa. *Una Teoria Pragmaticamente Orientata dell'Interpretazione Giuridica*, p. 94.

Interessenjurisprudenz.

O movimento do direito livre coloca-se como a mais extrema reação às escolas de vertente formalista, pois, conforme leciona Castanheira Neves, por direito livre se compreende todo o direito que se constitua para além ou até mesmo independentemente do direito legislado¹⁴⁴. O direito compreendido não como uma imposição do legislador estatal, mas como uma atividade dos juristas e, principalmente, do juiz, numa atividade criadora¹⁴⁵ e responsável pela procura da justa decisão¹⁴⁶. A metodologia contra a qual se levantava era a do positivismo legalista ou o positivismo científico, tendo a escola do direito livre buscado combater os seus postulados fundamentais.

A escola do direito livre compreendia, portanto, a existência de fontes extralegais do direito, devendo-se reconhecer também o direito consuetudinário, um produto espontâneo da sociedade¹⁴⁷, e aquele provindo de decisões judiciais, como também o direito elaborado pelos juristas¹⁴⁸. Consequência lógica é a concepção de que o direito não é um sistema unitariamente fechado, em que todos os casos poderiam ser resolvidos por referência a uma norma clara, no qual não existiriam lacunas - justamente pelo reconhecimento dessa lacunosidade da lei que se justificaria a atuação do direito livre. Outra - e mais importante - decorrência imediata do ataque aos pressupostos do formalismo é o combate da ideia do direito como um sistema de pura lógica e dedução, como uma “*entidade normativa subsistente num mundo objetivo de significações*”¹⁴⁹, em que o pensamento jurídico teria como atividade conhecer e aplicar o direito. A escola do direito livre pregou justamente o oposto, ou seja, o que guiaria o jurista seriam somente as exigências da realidade social que implicariam sempre uma valoração prática. Logo se vê que para esse movimento - e, adiantamos, para posições antiformalistas posteriores - o que orienta a aplicação do direito

144 António Castanheira Neves. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, p. 193.

145 Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 78; Vittorio Villa. *Una Teoria Pragmaticamente Orientata dell'Interpretazione Giuridica*, p. 96. Conforme refere Antonio Carlos Wolkmer, para o precursor da escola do direito livre, Oskar Bülow, “a lei apenas prepara mas não produz o Direito, sendo a sentença do juiz a verdadeira fonte criadora do jurídico” (Antonio Carlos Wolkmer. *Síntese de uma História das Idéias Jurídicas: da antiguidade à modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 204).

146 António Castanheira Neves. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, p. 193.

147 Antonio Carlos Wolkmer. *Síntese de uma História das Idéias Jurídicas: da antiguidade à modernidade*, p. 205.

148 António Castanheira Neves. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, p. 194.

149 António Castanheira Neves. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, p. 196.

não é a lógica, mas, pelo contrário, a vontade do aplicador¹⁵⁰. Com efeito, o fundamento criador do direito para o movimento do direito livre não seria a razão, mas a vontade impulsionada por uma intuição emocional axiológica, isto é, pela intuição do justo¹⁵¹.

Essa compreensão do direito, conforme Castanheira Neves, não era exclusiva do movimento do direito livre, pois foi observada, em maior ou menor grau de proximidade, em outras correntes do pensamento jurídico que se propunham superar o positivismo legalista e o seu dogmático logicismo¹⁵². Esse era o caso da *Libre Recherche Scientifique*, de François Geny, e da *Interessenjurisprudenz*, fundada por Heck¹⁵³. Ambas as correntes estavam de acordo com o movimento do direito livre no reconhecimento da existência de lacunas no sistema legal e, além disso, “Gény não afirmava menos a necessidade de fontes extralegais (que num poderoso esforço de investigação procurou determinar) para a descoberta integrante ou translegal do direito. E Heck, com ele toda a *Interessenjurisprudenz*, tinha analogamente uma das notas mais salientes do seu pensamento jurídico-metodológico na crítica da aplicação subsuntiva ou lógico-dedutiva do direito, que substituíra por uma compreensão prático-valorativa (ou normativa, em sentido próprio) da decisão jurídica concreta, ao mesmo tempo que via nesta, e não na construção lógico-dogmática, o objectivo principal a atender”¹⁵⁴. A diferença dessas escolas em relação ao movimento do direito livre estava em que com Gény, embora a investigação do direito devesse ser livre (*libre recherche*), nem por isso deveria deixar de ser objetiva, isto é, científica, e não de índole subjetiva ou intuitiva¹⁵⁵. E a *Interessenjurisprudenz*, por seu lado, não deixava de lado a obediência à lei,

150 Vittorio Villa. *Una Teoria Pragmaticamente Orientata dell'Interpretazione Giuridica*, p. 97.

151 António Castanheira Neves. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, pp. 198-199.

152 António Castanheira Neves. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, p. 197.

153 Vittorio Villa faz a mesma observação, indicando que alguns dos pressupostos são comuns ao movimento do direito livre, mas que esse último corresponde à corrente mais extremada de reação ao formalismo interpretativo. Vittorio Villa. *Una Teoria Pragmaticamente Orientata dell'Interpretazione Giuridica*, p. 92.

154 António Castanheira Neves. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, p. 197.

155 Geny afirma que o legislador intervém especificamente para regular uma situação de fato claramente determinada e que, para tanto, o faz mediante por via de ideias gerais e fórmulas abstratas. Por isso, os princípios que promove só têm valor exatamente para aquelas situações previstas, mas, quanto às demais consequências lógicas desses conceitos abstratos, se as tivesse previsto, teriam sido repelidas. O que o jurista faz não é, portanto, seguir a vontade do legislador, mas desenvolver um princípio independente dessa vontade, produzindo uma entidade nova, fora da vontade do legislador e muito frequentemente contra essa vontade. Dessa forma, refere Geny, as formulas abstratas cada vez mais visam a concepções que são deixadas à sombra, que ressaem sem o legislador, independente dele e apesar dele. Com isso, afirma Geny, o trabalho do jurista deve dar-se fora da vontade do legislador, por razões intrínsecas, tiradas de uma técnica especial, que pode até estar de acordo com as necessidades da ciência do direito, mas que não têm nada a ver com a vontade do legislador: “Quant aux autres conséquences logiques à déduire de ces principes, le législateurs ne

já que reconhecia a autonomia da comunidade jurídica, da qual era representante o legislador, mas a concreta decisão jurídica deveria ser valorada por uma mediação hermenêutica da norma jurídica, mediante a qual deveriam ser determinados os interesses relevantes para a decisão¹⁵⁶.

2.2.1.2. No *Common Law*: o Realismo Jurídico Americano¹⁵⁷

Llewellyn, em 1930, afirmou que não se poderia qualificar o realismo americano como uma *escola* do pensamento jurídico, dada a existência de divergência de ideias, mas seria possível falar em um *movimento*, dada uma relação entre determinados autores no que concerne a certas negações, no seu ceticismo e na sua curiosidade¹⁵⁸. É por essa razão que Tarello afirma que é possível falar em realismo jurídico americano como um movimento de pensamento caracterizado pela consideração de alguns problemas típicos, do uso de algumas premissas metodológicas e da comunhão de alguns resultados entre seus expoentes¹⁵⁹. Conforme explica Schauer, por realismo jurídico compreende-se a perspectiva que desafia a concepção tradicional da aplicação, especialmente judicial, do direito, caracterizando como

les a pas soupçonnés; pour quelques-unes, pour beaucoup peut-être, s'il les avait prévues, il les eût repoussées sans hésiter. En les consacrant, nul ne peut prétendre suivre sa volonté, ni se soumettre à ses intentions. On ne fait par là que développer un principe, désormais isolé et comme indépendant de la volonté qui l'a créé, et dont on fait une entité nouvelle qui, elle aussi, se développe par elle-même, et à laquelle on donne une vie factice, en dehors de la volonté du législateur, et le plus souvent contre lui. Si cela est vrai de formules abstraites que le législateur a pu admettre – et il ne fait que rarement – combien plus encore cette impression doit-elle viser les principes et les conceptions qu'il n'a pas formulées, et que l'on prétend déduire des solutions fait acceptées par lui! Ces conceptions, il les a laissées dans l'ombre; elles ressortent sans lui, indépendamment de lui et malgré lui, de certaines dispositions concrètes, qu'il avait édictées en vue seulement de quelques nécessités pratiques et de certaines conciliations de pure équité; et on en fait le point de départ de conséquences logiques et rigoureuses, que l'on présente comme l'expression de la volonté légale. Il n'y a pas au monde de fiction plus évidente; je ne dis pas que la fiction ne puisse se défendre. Mais ce que je dis, c'est qu'il faut la prendre pour ce qu'elle est, et reconnaître enfin que, loin de suivre la volonté du législateur, on décide et on tranche en dehors d'elle, par des raisons intrinsèques, tirées d'une technique spéciale, qui peut être en accord manifeste avec les nécessités de la science du droit, c'est possible, mais qui n'a rien à voir avec la volonté du législateur” (François Geny. *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Positif*, pp. XVI-XVII).

156 António Castanheira Neves. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, p. 198.

157 Focaremos a análise da reação ao formalismo interpretativo no *common law* no estudo do movimento que surgiu e desenvolveu-se nos Estados Unidos, tendo em vista que, Inglaterra, até a primeira metade do século XX, ainda predominava a teoria austiniana. Conforme relatam Atiyah e Summers, no ano de 1964, Sir Carleton Allen referiu que a teoria de Austin era ainda representativa da teoria do direito inglês, não havendo, portanto, alguma teoria relevante lá desenvolvida nesse período (P. S. Atiyah; Robert Summers. *Form and Substance in Anglo-American Law: a comparative study of legal reasoning, legal theory and legal institutions*, p. 257).

158 K. N. Llewellyn. “Some Realism About Realism – Responding to Dean Pound”. In: *Harvard Law Review*, v. 44, 1930-1931, pp. 1233-1234.

159 Giovanni Tarello. *Il Realismo Giuridico Americano*, p. 6.

tradicional aquela vertente de pensadores que compreende que as leis e e casos julgados por tribunais poderiam ser aplicados de modo direto, mecânico e lógico¹⁶⁰. De acordo com essa tradição, conforme visto, os juízes aplicariam o direito empregando métodos interpretativos de leis e casos judiciais, por meio do qual descobririam o direito imanente por meio da razão artificial e, aplicando a uma premissa de fato verificada, chegariam à decisão identificando o direito existente. Uma vez que o direito poderia ser aplicado por meio de métodos conhecidos pelos juristas que levariam à descoberta do direito aplicável, não seria necessário o recurso a elementos, atitudes ou opiniões extralegais do juiz. Foi contra essa concepção, denominada por Schauer e Tarello de “tradicional”, que o realismo jurídico se colocou¹⁶¹. Brian Leiter explica que os realistas reagiram contra a aplicação mecanicista do direito, ou seja, o formalismo do seu tempo, no sentido de que os juízes decidiriam casos com base em regras jurídicas e razões que justificariam um único resultado¹⁶². Isto é: o realismo jurídico representou no *common law* uma reação à *analytical jurisprudence*¹⁶³. Os autores dessa última corrente, como visto, entendiam uma legislação clara e abstrata poderia servir ao útil geral, que poderia ser perseguido mediante uma igualdade jurídica. Já os realistas, por seu turno, compreendiam que quanto mais uma norma se exprime em termos gerais e designa algo que seja considerado um conceito jurídico (como, por exemplo, contrato, propriedade, venda), tanto menos a norma é clara e tanto mais admite uma diversidade de definições, tornando o direito imprevisível e arbitrário¹⁶⁴.

160 Frederick Schauer. “Legal Realism Untamed”. In: *Texas Law Review*, v. 91, 2012-2013, p. 752. Schauer também afirma que o realismo jurídico é convencionalmente entendido como um modo de questionar a doutrina jurídica da determinabilidade e dos efeitos do direito positivo em decisões judiciais (p. 749). Segundo Tarello, a doutrina que os realistas consideravam tradicional é aquela segundo a qual demonstra-se que uma decisão é logicamente necessária da conjunção de uma premissa normativa a uma asserção fática (Giovanni Tarello. *Il Realismo Giuridico Americano*, p. 159).

161 Frederick Schauer. “Legal Realism Untamed”, pp. 753-754; Giovanni Tarello, *Il Realismo Giuridico Americano*, pp. 3-4.

162 Brian Leiter. “American Legal Realism”. In: *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Malden: Blackwell Publishing, 2005, p. 50.

163 Frederick Schauer, conforme referido, apresenta o realismo jurídico como uma reação ao pensamento tradicional, referindo-se a autores como Blackstone, Edward Coke e, mais recentemente nos Estados Unidos, Eugene Wambaugh e John Zane. De nossa parte, entendemos que se possa adotar a concepção fundada na tendência, “assai difusa”, segundo Tarello, de contrapor o realismo jurídico à *analytical jurisprudence*, baseando-se na tomada de premissa a respeito do significado histórico dessa última: a concepção segundo a qual a teoria de Austin se resolve numa teoria geral do direito, entendida como uma teoria “pura”, que implica redução do argumento jurídico ao argumento lógico (*Il Realismo Giuridico Americano*, p. 26). Embora já se tenha sido feita referência a motivos de fundo que seriam comuns aos dois movimentos, pode-se afirmar, com Tarello, que entre Bentham e Austin, de um lado, e os autores do realismo jurídico, de outro, não há continuidade, mas fratura: uma importante parte das críticas dos realistas colocou-se contra a concepção sistemática e contra o *case method* (*Il Realismo Giuridico Americano*, pp. 27-32).

164 Giovanni Tarello. *Il Realismo Giuridico Americano*, p. 55.

As primeiras reações ao formalismo nos Estados Unidos surgiram no início do século XX, com um grupo de juristas que alguns autores, como Atiyah e Robert Summers, chamam de instrumentalistas, alocando nessa lista Oliver Wendell Holmes Jr., Roscoe Pound, John Dewey e John Chipman Gray, a fim de diferenciá-los do posterior movimento realista que se intensificou a partir dos anos 1920 e 1930¹⁶⁵. Esse grupo é visto como antecessor do realismo jurídico americano. Explica Bernie Burrus que Gray, embora um aderente da *analytical jurisprudence*, compreendia que a lei não tinha um papel principal no direito, mas era apenas uma de suas fontes, e que a lei não era direito até que fosse interpretada pelos tribunais. Do mesmo modo, Pound também influenciou os realistas americanos com sua doutrina do direito como meios para fins e sua diferença entre “law in books” e “law in action”¹⁶⁶.

Para esses pensadores estadunidenses, a decisão judicial mostrava-se decisiva na formação do *common law*. Ao contrário da corrente austiniiana, que admitia o direito de formação judiciária, no sentido de que *law* seria a regra jurídica formulada por um tribunal com base na qual decide um caso, a doutrina do *stare decisis* levou Gray a compreender que *law* era identificado com cada decisão judicial, e induziu Holmes a entender que a decisão judicial sempre teria um caráter criativo¹⁶⁷. Holmes publicou, em 1897, o artigo chamado “The Path of The Law”, provavelmente o mais lido na história da teoria do direito estadunidense¹⁶⁸, no qual ele afirma que o direito não é um completo sistema de razão

165 P. S. Atiyah; Robert Summers. *Form and Substance in Anglo-American Law: a comparative study of legal reasonig, legal theory and legal institutions*, p. 251.

166 Bernie R. Burrus. “American Legal Realism”. In: *Howard Law Journal*, v. 36, 1962, pp. 36-38.

167 A afirmação é de Tarello (*Il Realismo Giuridico Americano*, p. 58). Algumas páginas antes, observa do jurista italiano o que Holmes queria dizer com sua célebre frase segundo a qual o direito não é lógica, mas experiência: “Egli intendeva semplicemente dire che, di fatto, i processi attraverso i quali si evolvono gli ordinamenti giuridici, cioè per Holmes i processi di decisioni giudiziaria che portano alla formulaizone di regole, sono condizionati non tanto da sviluppi sillogistici di regole precedentemente formulate quanto da una serie di fattori in senso lato sociali che vanno dalla struttura degli interessi in gioco sino alle teorie politiche dominanti ed ai pregiudizi dei singoli giuridici. Cioè, mentre la veste esteriore delle decisioni, cioè la loro 'forma' è secondo Holmes 'logica', la loro 'sostanza' è 'legislativa': ove è palese una assimilazione tra le sopravvivenze del passato che hanno perso una funzione, la forma ed il macchinismo (le tecniche) del diritto, e l'aspetto che Holmes forse poco propriamente chiama 'logico' del diritto” (*Il Realismo Giuridico Americano*, pp. 39-40). Embora essa concepção, Tarello também ressalta que o que diferenciou Holmes dos realistas é que este parece compreender que em linhas gerais as regras estabelecidas em julgamentos poderiam servir em alguma medida como critério de previsões, de modo que um “corpo de dogmas” poderia tornar-se sinônimo de “previsões sistematizadas” (*Il Realismo Giuridico Americano*, pp. 40-41). Algo semelhante, Schauer afirma que para Holmes a melhor fonte de previsão de decisões judiciais eram as categorias e doutrinas jurídicas, visão que se assentaria na premissa de que as decisões judiciais são tomadas de acordo com as tradicionais características do direito formal (“Legal Realism Untamed”, p. 779). Essas possíveis concepções não facilmente conciliáveis talvez tenham raiz no fato suscitado por Tarello de ser Holmes um dos juristas americanos mais complexos e ambíguos, podendo-se encontrar ao longo de sua obra algumas posições inconciliáveis (*Il Realismo Giuridico Americano*, pp. 35-36).

168 P. S. Atiyah; Robert Summers. *Form and Substance in Anglo-American Law: a comparative study of legal*

deduzido de axiomas¹⁶⁹, mas o que constitui o direito é o que pode orientar as pessoas a respeito de como as cortes julgam. Ou seja, para Holmes o direito é o que as cortes fazem de fato¹⁷⁰. Por isso, para ele, o objeto de estudo do direito deve ser a previsão da aplicação da força pública por meio da instrumentalidade das cortes¹⁷¹. Holmes também atacou a forma lógica com base na qual eram proferidas *judicial opinions*, afirmando que, por trás dessa forma, havia na verdade um julgamento inarticulado e inconsciente¹⁷² e, com isso, chamou a atenção para a importância das efetivas considerações substantivas que estão por baixo da mera linha formal de justificação¹⁷³. Holmes também ressaltou que são as particularidades de cada caso que suscitam aquelas condições substantivas para a decisão que realmente importam e não a generalidade e abstração dos conceitos jurídicos¹⁷⁴.

Esses escritores prévios conduziram os realistas a voltar suas atenções à investigação do *como* e do *por quê*, independentemente da existência de uma norma que vinculasse o juiz a uma formulação pré-constituída, a decisão judicial sempre teria esse caráter criativo¹⁷⁵ e mostraram-se ainda mais avessos ao formalismo¹⁷⁶. Os realistas, seguindo essa linha, buscaram precisar ao máximo possível a distinção entre a decisão de um caso e a linguagem na qual essa é vertida, isto é, a diferença entre as razões que animam o juiz a chegar a um determinado resultado e a fórmula na qual ele as exprime, compreendendo que uma decisão não pode ser somente fundada em elementos lógicos, a partir de elementos anteriormente formulados, seja um precedente, seja um ato legislativo, e que por isso uma decisão será sempre em certos limites arbitrária, baseada em elementos variáveis e até mesmo

reasonig, legal theory and legal institutions, p. 251.

169 O. W. Holmes. "The Path of the Law". In: *Harvard Law Review*. v. X, n. 8, 1897, p. 460.

170 "Take the fundamental question, What constitutes the law? You will find some text writers telling you that it is somethin different from what is decided by the courts of Massachusetts or England, that it is a system of reason, that it is a deduction from principles of ethics ar admitted axioms or what not, which may or may not coincide with the decisions. But if we take the view of our friend the bad man we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to do in fact. I am much of this mind. The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law" (O. W. Holmes. "The Path of the Law", pp. 460-461).

171 O. W. Holmes. "The Path of the Law", p. 457.

172 "Behind the logical form lies a judgment as to the relative worth and importance of competing legislative grounds, often an inarticulate and unconscious judgment, it is true, and yet the very root and nerve of the whole proceeding" (O. W. Holmes. "The Path of the Law", p. 457).

173 P. S. Atiyah; Robert Summers. *Form and Substance in Anglo-American Law: a comparative study of legal reasonig, legal theory and legal institutions*, p. 252.

174 P. S. Atiyah; Robert Summers. *Form and Substance in Anglo-American Law: a comparative study of legal reasonig, legal theory and legal institutions*, p. 252.

175 Giovanni Tarello. *Il Realismo Giuridico Americano*, p. 58.

176 P. S. Atiyah; Robert Summers. *Form and Substance in Anglo-American Law: a comparative study of legal reasonig, legal theory and legal institutions*, p. 255.

manipuláveis¹⁷⁷. Nas palavras de Tarello, “*i realisti, a differenza di Holmes, cercarono non solo di constatare una difformità tra 'forma e 'sostanza', ma cercarono anche di dimostrare come una decisione non possa essere fondata su passaggi meramente logici che prendono come punto di partenza una formulazione precostituita – sia essa contenuta in una opinion o in un ato legislativo – e che pertanto una decisione non solo può essere ma necessariamente è entro certi limiti arbitraria*”¹⁷⁸.

Os realistas, com efeito, puseram-se a analisar alguns dos conceitos jurídicos mais importantes do *common law*, a fim de demonstrar o quanto esses conceitos em um determinado contexto provocavam necessariamente uma indeterminação normativa, cuja raiz estava no emprego, pelos *common lawyers* dos dois séculos precedentes, de conceitos gerais e abstratos próprios de uma mentalidade do racionalismo filosófico. A elaboração de conceitos dogmáticos no *common law* conduziria à reunião sob uma mesma disciplina de diferentes classes de fato que poderiam ser distintos segundo fossem tomadas em consideração consequências sociais ou econômicas, o que poderia determinar que a utilização de conceitos dogmáticos permitisse que fossem tomadas decisões distintas em casos que fossem semelhantes ou modificados esses conceitos de um caso para o outro¹⁷⁹, tendo em vista que o conceitualismo não seria suficiente para diferenciar a variedades de problemas mascaradas sob um conceito ou uma generalização¹⁸⁰. Em clássico ensaio, Llewellyn textualmente afirma que os conceitos jurídicos são vazios, mera formas de palavras sem conteúdo que precisam da atuação das cortes para significar alguma coisa¹⁸¹. Os realistas, dessa forma, embora pudessem divergir relativamente ao que realmente importa para a decisão judicial, entendiam que as decisões jurídicas eram resultado da aplicação de algo a mais do que, ou

177 “Rather, most versions of Realism maintain that legal doctrine ordinarily does not determine legal outcomes without the substantial influence of nonlegal supplements, supplements whose existence and application are variable and manipulable” (Frederick Schauer. “Legal Realism Untamed”, p. 754).

178 Giovanni Tarello. *Il Realismo Giuridico Americano*, p. 59.

179 Giovanni Tarello. *Il Realismo Giuridico Americano*, pp. 59-60.

180 P. S. Atiyah; Robert Summers. *Form and Substance in Anglo-American Law: a comparative study of legal reasoning, legal theory and legal institutions*, p. 254.

181 “There is yet another thing upon which experience long and sad has caused us disillusion. We have discovered in our teaching of the law that general propositions are empty. We have discovered that students who come eager to learn the rules and who do learn them, *and who learn nothing more*, will take away the shell and not the substance. We have discovered that rules *alone*, mere forms of words, are worthless. We have learned that the concrete instance, the heaping up of concrete instances, the present, vital memory of a multitude of concrete instances, is necessary in order to make any general proposition, be it rule of law or any other, *mean anything at all*” (K. N. Llewellyn. “What Law is About”. In: *The Bramble Bush: the classic lectures in the law and law schools* (1930). New York: Oxford University Press, 2008, p. 4).

predominantemente do, direito positivo¹⁸².

A base teórica por trás do pensamento realista estava no estudo comportamental. Se o estudo do direito quisesse ser científico, então deveria estudar o comportamento judicial, já que todos os ramos da ciência estudariam os fenômenos naturais, de modo que, para ser ciência, o estudo jurídico deveria examinar um fenômeno natural também. E o comportamento judicial seria o fenômeno natural que deveria ser o objeto de estudo da ciência jurídica¹⁸³. A análise comportamental significa examinar o modo como o comportamento humano responde a determinados estímulos. Por isso, os realistas pensavam que uma verdadeira ciência jurídica deveria descobrir quais os “estímulos” (cenários de fato) geravam determinados resultados (decisões judiciais)¹⁸⁴. É por esta razão que os realistas criticavam um estudo sistemático do direito, voltado a conceitos jurídicos racionalmente formulados e desvinculados das situações de fato que determinavam as decisões judiciais. Se assim era compreendido, então fica igualmente claro que não importam as razões que levaram o juiz a decidir de uma determinada maneira; científico seria o estudo das respostas judiciais a determinados estímulos de fatos. As palavras de Oliphant são esclarecedoras dessa visão, afirmando que o que deve ser estudado cientificamente é o modo como as cortes decidem os casos, e não as *opinions* dos juízes: “*But there is a constant factor in the cases which is susceptible of sound and satisfying study. The predictable element in it all is what courts have done in response to the stimuli of the facts of the concrete cases before them. Not the judges’ opinions, but which way they decide cases will be the dominant subject matter of any truly scientific study of law*”¹⁸⁵. Completa Oliphant, afirmando que o estudo que vale a pena não é o estudo de racionalizações vagas e inconstantes, mas é o exame das respostas às intuições de experiência dos juízes diante do estímulo de situações humanas que consubstancia a matéria que contém a objetividade e a constância necessárias para o verdadeiro estudo científico: “*This is the field for scholarly work worthy of best talents, for the work to be done is not the study of vague and shifting rationalizations, but the study of such tough things as the accumulated wisdom of men taught by immediate experiences in contemporary life - the battered experiences of judges among brutal facts. The response of their intuition of experience to the stimulus of human situations is the subject-matter having that constancy and*

182 Frederick Schauer. “Legal Realism Untamed”, p. 756.

183 Robert G. Scofield. “Goodhart’s Concession: Defending Ratio Decidendi from Logical Positivism and Legal Realism in the First Half of the Twentieth Century”. In: *The King’s College Law Journal*, v. 16, 2005, p. 315.

184 Brian Leiter. “American Legal Realism”, p. 50.

185 Herman Oliphant. “Return to Stare Decisis”. In: *The American Law School Review*, v. 6, 1926-1930, p. 225.

objectivity necessary for truly scientific study”¹⁸⁶. É por esta mesma razão que Llewellyn afirma que o direito resume-se ao que os operadores do direito fazem: “*This doing of something about disputes, this doing of it reasonably, is the business of law. And the people who have the doing in charge, whether they be judges or sheriffs or clerks or jailers or lawyers, are officials of the law. What these officials do about disputes is, to my mind, the law itself*”¹⁸⁷.

O movimento realista representou, dessa forma, uma investida contra a concepção meramente silogística do juízo. Vale dizer: os realistas negaram que uma decisão judicial teria correspondência com a consequência logicamente extraída da aplicação de uma premissa normativa a uma asserção fática, uma vez que a premissa normativa é sempre constituída de uma proposição linguística por meio das quais aparecem os conceitos dogmáticos e, portanto, a premissa normativa seria sempre indeterminada¹⁸⁸. Segundo Brian Leiter, a concepção realista a respeito da indeterminabilidade dos conceitos normativos estava na conjunção de uma posteriormente denominada textura aberta e da concorrência de diferentes cânones interpretativos que poderiam levar a resultados diversos, de modo que os realistas colocavam a indeterminabilidade não só para a margem dos conceitos (a exemplo de Hart), mas para o seu centro¹⁸⁹. O realismo jurídico americano, portanto, pôs em discussão o caráter indeterminado das figuras normativas, o que colocava necessariamente em xeque o tradicional pensamento lógico e mecanicista da decisão judicial, denunciando nessa um espaço de discricionariedade do juiz. Segundo Burrus, para Frank o juiz teria um amplo espaço livre de discricionariedade, tanto que o compara aos autores do movimento livre do direito¹⁹⁰. Para

186 Herman Oliphant. “Return to Stare Decisis”, p. 225.

187 K. N. Llewellyn. “What Law is About”. In: *The Bramble Bush: the classic lectures in the law and law schools*, p. 5.

188 Giovanni Tarello. *Il Realismo Giuridico Americano*, p. 161. Contra, entendendo que o jusrealismo representa uma corrente objetivista (formalista), Stefano Bertera, *Certeza del Diritto e Argomentazione Giuridica*, pp. 14-15.

189 Brian Leiter. “American Legal Realism”, p. 64: “The Realists, however, located the indeterminacy of law not in general features of language itself, but – as we saw above – in the existence of equally legitimate, but conflicting, *canons of interpretation* that courts could employ to extract differing rules from the same statutory text or the same precedent. Indeterminacy, in short, resides for the Realists not in the rules themselves, but in the ways we have of characterizing what rules statutes and precedents contain. Thus, even if we agreed with Hart that the open texture of language affects rules only ‘at the margins’, the Realists have now given us an *additional* reason (beyond Hart’s) to expect indeterminacy in law. If the Realists are right, then not only do legal rules suffer from the open texture that Hart describes, but statutes and precedents will frequently admit of ‘manipulation’ – legally proper manipulation, of course – and thus be indeterminate in this additional respect as well. The *combination* of sources of interdeterminacy (the open texture of language, and the conflicting canons of interpretation) seems sufficient to move indeterminacy from the margins to the center of cases actually litigated”.

190 Bernie R. Burrus. “American Legal Realism”, p. 47.

Llewellyn, era necessário diferenciar as “paper rules” das “real rules”, essas sim as verdadeiras leis ou regras que as cortes de fato aplicam, pois as “paper rules” eram não mais do que uma mera aproximação das verdadeiras leis que motivam as decisões judiciais¹⁹¹. Mesmo os tradicionais casos fáceis podem apresentar diferenças entre as “paper rules” e as “real rules”¹⁹². O direito, portanto, não poderia ser visto como um corpo de normas, um “dever-ser”, mas uma realidade factual, isto é, seria o comportamento dos juízes, por meio das suas decisões judiciais, que constituiria o direito¹⁹³. É por essa razão que se pode dizer que os realistas, avançando no pensamento de Holmes de que a segurança jurídica seria uma ilusão¹⁹⁴, e construindo a ideia de que todo o direito seria altamente indeterminado¹⁹⁵, podem ser classificados como céticos: céticos em relação às normas (*rule skeptics*) ou céticos em relação aos fatos (*fact skeptics*)¹⁹⁶. O primeiro grupo compreende autores que entendiam que a previsibilidade do direito deveria ser perseguida para além das regras formais, por meio de regras reais, descritivas de uma regularidade de comportamento dos tribunais. O segundo grupo compreende autores que, por mais precisas que fossem as regras formais ou reais, entendiam que seria sempre impossível prever o resultado de uma demanda, porque os fatos sobre os quais as decisões se baseiam não seriam suscetíveis de cálculo, uma vez que os fatos só são determinados no curso do processo de decisão¹⁹⁷.

Seja céticos em relação às normas (Llewellyn), seja céticos em relação aos fatos

191 Frederick Schauer. “Legal Realism Untamed”, p. 751.

192 O realismo – na versão “untamed”, segundo Schauer - não nega que existam casos fáceis e casos difíceis, mas duvida que o que os tornem casos fáceis ou difíceis sejam os significados convencionais das regras escritas. Ao contrário, compreende que seja a clara compreensão de uma norma não localizada em fontes jurídicas padrão. Fazendo essa distinção entre realismo “tamed” e “untamed”, Schauer afirma que esta última versão desloca o problema da determinabilidade dos elementos jurídicos da lei para o produto das decisões das autoridades: “As transformed, the Realist challenge is no longer limited to the class of cases in which the language of the law or the traditional devices of legal analysis – the standard implements in the lawyer's toolkit – do not straightforwardly indicate an outcome. Rather, it is a claim about the importance of paper rules (and traditional techniques of legal reasoning) in generating legal outcomes. Insofar as the claim is empirically sound, it is thus about all of law, and not just the law to be applied when paper rules are indeterminate. The challenge is now to the very ideia of positive or formal law as the source of legal determinacy, and is thus Realism in its far less interstitial and thus far less tamed dimension. Untamed Realism does not claim that there is no legal determinacy, but instead that legal determinacy is often a product of something other than the conventional legal meaning of official rules. Or, to put it differently, the Realist claim about the gap between paper and legal rules is not about indeterminacy, but about we might call *dislocated determinacy*” (Frederick Schauer. “Legal Realism Untamed”, p. 768-769).

193 Hermann Kantorowicz. “Some Rationalism About Realism”. In: *Yale Law Journal*, v. 43, 1933-1934, p. 1243.

194 O. W. Holmes. “The Path of the Law”, p. 466.

195 O. W. Holmes. “The Path of the Law”, p. 457.

196 P. S. Atiyah; Robert Summers. *Form and Substance in Anglo-American Law: a comparative study of legal reasoning, legal theory and legal institutions*, p. 254.

197 Giovanni Tarello. *Il Realismo Giuridico Americano*, pp. 9-10.

(Frank), a consequência é que o direito, para os realistas, é constituído por, e o objeto de estudo deve ser, o que as autoridades judiciárias fazem em suas decisões.

2.2.2. O Antiformalismo na Vertente Hermenêutica

Conforme lecionam Francesco Viola e Giuseppe Zaccaria, o ponto de partida do modelo hermenêutico é consubstanciado na relação entre a norma e o caso concreto, entendida na recíproca correspondência dos dois elementos fundamentais, a norma e o caso. A partir do momento em que a norma não pode ser entendida como um elemento externo à interpretação e que a avaliação do fato só tem sentido e relevância com referência ao enunciado jurídico, a concretização do juízo realiza-se somente simultaneamente ao caso concreto – estabelece-se um círculo hermenêutico entre a compreensão da norma e a compreensão das circunstâncias de fato¹⁹⁸. A atividade interpretativa não é vista como um fenômeno estático e objetivo, mas como um evento que envolve o intérprete na sua subjetividade, na sua expectativa de sentido em relação à sua experiência, de modo que o discurso interpretativo se desenvolve numa relação comunicativa e relacional. Por isso, a compreensão do sentido linguístico é sempre uma auto-compreensão do sujeito que realiza a compreensão¹⁹⁹.

Essa característica representa a primeira condição hermenêutica da compreensão jurídica, isto é, o elemento da pré-compreensão, já que, conforme Gadamer fecha seu clássico *Verdade e Método*, “não existe seguramente nenhuma compreensão totalmente livre de preconceitos”²⁰⁰. É a pré-compreensão que inicia o processo interpretativo, fornecendo ao intérprete uma primeira orientação e abrindo a sua consideração o conteúdo linguístico das proposições normativas e fáticas²⁰¹. Advertem Viola e Zaccaria, no entanto, que a pré-compreensão não é deixada ao campo do total subjetivismo ou arbítrio do intérprete, pois vai determinada, em realidade, pela participação de um “senso comum”, vale dizer, pelo resultado de uma intersubjetivação de uma cadeia de interpretações precedentes que formam

198 Francesco Viola; Giuseppe Zaccaria. *Diritto e Interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Bari: Editori Laterza, 1999, p. 186-187.

199 Francesco Viola; Giuseppe Zaccaria. *Diritto e Interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, p. 187.

200 Hans-Georg Gadamer. *Verdade e Método I*. Trad. Flávio Paulo Meurer, 10 ed., Petrópolis: Vozes, 2008, p. 631.

201 Francesco Viola; Giuseppe Zaccaria. *Diritto e Interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, p. 187.

uma tradição comum²⁰². Tomando-se por essa vereda, o direito positivo apresenta-se como o produto de um processo de realização e de desenvolvimento hermenêutico de significado²⁰³. Essa tradição não garante a correção da interpretação, uma vez que o juízo prévio da pré-compreensão pode ser equivocado, o que ocasionaria um mal entendido²⁰⁴.

É exatamente aí que, para a hermenêutica jurídica, um segundo elemento fundamental da interpretação é a compreensão de que o sentido de um texto normativo se obtém a partir da lógica de perguntas e respostas. “*A essência da pergunta é abrir e manter abertas as possibilidades*”²⁰⁵. Dessa forma, no começo da interpretação de um caso jurídico, há apenas uma história de vida que deve ser enquadrada e valorada juridicamente. Esclarecem Viola e Zaccaria que a compreensão da norma se coloca, então, no chamado círculo hermenêutico da relação entre a questão a ser resolvida e a resposta que o intérprete espera²⁰⁶. Referem os autores, com efeito, que o círculo se instaura a partir do interesse do intérprete a uma solução justa, representando o elemento de abertura do círculo com o qual o intérprete interroga o texto normativo e o significado normativo das expressões linguísticas do enunciado. Há uma imbricada inter-relação, pois, sem o interesse originário em resolver determinado problema concreto, não há enunciado normativo a ser individualizado e, sem a diretiva da norma, não poderá nascer o interesse do intérprete em resolver o caso com justiça. Essas são as palavras de Viola e Zaccaria: “*All'inizio' del caso giuridico c'è soltanto un racconto, una 'storia di vita', tutta da inquadrare e da valutare giuridicamente. La comprensione della norma si sviluppa poi nel 'circolo ermeneutico' del rapporto tra la questione da essa posta e la risposta che l'interprete si attende [Esser, Hassemmer]. In altre parole, il circolo si istituisce tra l'interesse dell'interprete ad una giusta e soddisfacente soluizione del caso, che rappresenta l'elemento di 'apertura' con cui l'interprete interroga i testi, ed il significato normativo delle espressioni linguistiche della legge: senza l'originario interesse a risolvere un preciso problema concreto, il senso normativo degli enunciati di legge non può essere individuato; ma viceversa, senza e al di fuori delle direttive poste dalla norma, l'interesse ermeneutico ad una giusta soluzione non può neppure nascere e non è comunque in grado di svilupparsi*

202 Francesco Viola; Giuseppe Zaccaria. *Diritto e Interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, pp. 187-188.

203 Francesco Viola; Giuseppe Zaccaria. *Diritto e Interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, p. 188.

204 Hans-Georg Gadamer. *Verdade e Método I*, p. 395.

205 Hans-Georg Gadamer. *Verdade e Método I*, p. 396.

206 Francesco Viola; Giuseppe Zaccaria. *Diritto e Interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, p. 189.

successivamente [Zaccaria 1984b e 1998]”,²⁰⁷.

Ao colocar a pergunta, o intérprete dá início à interpretação com algo que em parte, e apenas em parte, tem conhecimento, porque o interrogar anuncia já alguma compreensão do problema, que, a partir daí, revela a situação hermenêutica iluminada pelo modelo do diálogo. O modelo hermenêutico demonstra seu fundamento numa estrutura eminentemente dialética²⁰⁸. As opiniões, com efeito, não podem ser concebidas de maneira arbitrária, não se pode conceber uma aderência irreduzível às próprias opiniões prévias. Nas palavras de Gadamer, “o que se exige é simplesmente a abertura para a opinião do outro ou para a opinião do texto”,²⁰⁹ deixar falar o objeto²¹⁰ (o texto). Entre em cena o círculo hermenêutico, de modo que, “uma vez que o significado das palavras em cada caso só pode inferir-se da conexão de sentido do texto e este, por sua vez, em última análise, apenas do significado – que aqui seja pertinente – das palavras que o formam e da combinação de palavras, então terá o intérprete – e, em geral, todo aquele que queira compreender um texto coerente ou um discurso – de, em relação a cada palavra, tomar em perspectiva previamente o sentido da frase por ele esperado e o sentido do texto no seu conjunto; e a partir daí, sempre que surjam dúvidas, retroceder ao significado da palavra primeiramente aceite e, conforme o caso, rectificar este ou a sua ulterior compreensão do texto, tanto quanto seja preciso, de modo a resultar uma concordância sem falhas”,²¹¹. Conforme refere Larenz, a imagem do círculo não faria sentido se o retroceder voltasse ao ponto inicial, mas sim se a posição retrocedida for mais elevada, e esse processo de olhar para frente e para trás poderá repetir-se inúmeras vezes²¹². Mas o processo está sempre voltado ao caso concreto. O interrogar do intérprete não pode estar afastado do contexto no qual insere-se a necessidade de interpretação em que a busca de significado adquire um maior e mais preciso sentido²¹³.

Logo se vê que essa forma de compreender não se dá de modo linear, como uma demonstração matemática ou uma cadeia lógica de conclusões – é um modo de compreender

207 Francesco Viola; Giuseppe Zaccaria. *Diritto e Interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, p. 189.

208 Francesco Viola; Giuseppe Zaccaria. *Diritto e Interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, pp. 189-190.

209 Hans-Georg Gadamer. *Verdade e Método I*, p. 358.

210 Hans-Georg Gadamer. *Verdade e Método I*, p. 503.

211 Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 286.

212 Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*, pp. 286-287.

213 Francesco Viola; Giuseppe Zaccaria. *Diritto e Interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, p. 191.

estranho às ciências exatas²¹⁴, de forma que a hermenêutica jurídica coloca-se já como um movimento de vertente antiformalista. Conforme Viola e Zaccaria, a teoria hermenêutica vê-se numa posição intermediária entre o que eles chamam de duas posições da interpretação jurídica que se colocam hoje em situações mais extremadas, que são o ceticismo (no qual a individuação de significado constituiria em realidade uma criação) e o formalismo interpretativo (segundo o qual é sempre possível encontrar a justa e correta interpretação). Isso se daria pela característica de que o material jurídico objeto de interpretação não pode ser considerado sem referência a uma comunidade de falantes, influenciada dos pressupostos culturais e axiológicos da comunidade, bem como das características do desenvolvimento da linguagem jurídica²¹⁵. Segundo os autores italianos, o modelo hermenêutico afasta-se da proposta formalista por compreender que o legislador não assume mais uma posição de monopólio absoluto, mas apenas de prevalência na formação do direito²¹⁶. Ademais, propondo a vertente hermenêutica um processo dialético de interpretação, o dinâmico questionar a respeito da pré-compreensão numa espiral hermenêutica, de modo que o conhecer não é mais o descrever, nem mesmo reproduzir o objeto do conhecimento, afirmam os juristas italianos que não há dúvida de que o modelo hermenêutico derruba o mito da objetividade (formalismo) da interpretação jurídica²¹⁷.

2.2.3. O Antiformalismo na Vertente Retórica e Lógico-Argumentativa

Não é o objetivo do presente trabalho elaborar uma teoria da argumentação jurídica, senão que, na esteira do que foi feito até o momento, traçar os principais aspectos das correntes do pensamento jurídico, notadamente no que concerne à interpretação e à justificação da decisão judicial, de modo que o pensamento de autores mais expressivos que trabalharam o raciocínio judicial sob a perspectiva argumentativa serão aqui abordados.

Nessa senda, a partir dos anos 1950 e 1960 surgiram algumas teorias que mais abertamente combateram os preceitos da noção do formalismo interpretativo, mais

214 Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito*, p. 287.

215 Francesco Viola; Giuseppe Zaccaria. *Diritto e Interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, pp. 132-133.

216 Francesco Viola; Giuseppe Zaccaria. *Diritto e Interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, pp. 180.

217 Francesco Viola; Giuseppe Zaccaria. *Diritto e Interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, pp. 190.

especificamente no que se refere à compreensão de que o raciocínio jurídico dar-se-ia por meio da aplicação exclusiva de um método silogístico lógico-dedutivo. Buscaram essas correntes, portanto, elaborar uma teoria baseada na argumentação, questionando frontalmente qualquer aplicabilidade da lógica formal no curso do processo interpretativo e opondo-se à noção de argumentação lógico-dedutiva²¹⁸, não só por compreender que essa concepção tinha seus limites, mas por entender que uma teoria da argumentação a partir disso seria um equívoco²¹⁹. Colocaram-se nessa posição, claramente diante de uma perspectiva antiformalista, autores como Viehweg e Perelman, podendo ser considerados como os precursores das atuais teorias da argumentação jurídica²²⁰.

A teoria argumentativa veio posteriormente desenvolvida por autores que se esforçaram em conjugar dois conceitos de argumentação, a argumentação lógico-dedutiva, ligada a uma racionalidade formal, e a argumentação ligada à racionalidade prática²²¹. Para esse grupo de autores, a argumentação jurídica deveria conjugar os requisitos da lógica formal, isto é, a correlação lógica entre premissas e conclusão, e os da racionalidade prática, ou seja, respeito à racionalidade, universalização, coerência etc²²². Com efeito, o movimento da teoria lógico-argumentativa percebeu que tanto a concepção formalista quanto a antiformalista apresentavam aproximações parciais e, em certa medida, inadequadas do raciocínio jurídico, quando, em realidade, deveriam se colocar em condição de complementaridade: *“Nell’ottica della teoria dell’argomentazione giuridica, infatti, i due gruppi di orientamenti presentano un carattere complementare piuttosto che antagonista. In questa visione, sia la prospettiva formalistica, sia quella antiformalistica costituiscono approcci parziali che, pre motivi differenti e in misura diversa, si rivelano inadeguati alla descrizione del ragionamento giuridico”*²²³. Essa corrente pôs em movimento a necessidade de superar a dicotomia entre o reducionismo lógico do raciocínio jurídico e a total refutação da utilização da lógica nesse processo. Por essa razão, a teoria lógico-argumentativa assume uma posição menos extremada do antiformalismo interpretativo²²⁴.

218 Manuel Atienza. *El Derecho como Argumentación*. Barcelona: Ariel, 2012, p. 67.

219 Manuel Atienza. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2002, p. 170.

220 Manuel Atienza. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, p. 313.

221 Manuel Atienza. *El Derecho como Argumentación*. Barcelona: Ariel, 2012, pp. 67-68.

222 Manuel Atienza. *El Derecho como Argumentación*. Barcelona: Ariel, 2012, p. 68.

223 Stefano Bertea. *Certeza del Diritto e Argomentazione Giuridica*, p. 80.

224 Stefano Bertea classifica a posição dessa teoria argumentação jurídica como *“moderadamente non oggettualistico”* (Stefano Bertea. *Certeza del Diritto e Argomentazione Giuridica*, p. 74).

2.2.3.1. A Teoria Tópica de Viehweg

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr., em prefácio ao *Tópica e Jurisprudência*, de Theodor Viehweg, essa obra representou um dos marcos mais importantes da filosofia jurídica na segunda metade do século passado²²⁵. Segundo o professor paulista, a teoria de Viehweg teve o mérito de chamar a atenção para aspectos do pensamento jurídico que, nas suas palavras, por muito tempo tinham ficado à sombra dos modelos científicos projetados para o discurso jurídico, presos aos padrões matematizantes das ciências naturais²²⁶. A teoria a respeito da tópica jurídica desenvolvida por Viehweg coloca-se, assim, na esteira daquelas que se opuseram o modo formalista de encarar o pensamento jurídico e a aplicação do direito, mostrando, por conseguinte, sua importância na história do pensamento jurídico e sua relevância para o presente estudo.

Viehweg parte da obra de Gian Battista Vico, *De nostre temporis studiorum ratione* (1708), para fundamentar sua teoria a respeito do emprego da tópica no raciocínio jurídico. Na sua *dissertatio*, Vico estuda os métodos científicos, caracterizando o método antigo como o retórico (tópico) e o método moderno como crítico. O método novo (crítico) é caracterizado pelo autor italiano a partir do seu ponto de partida, isto é, o *primum verum*, que não poderia ser eliminado nem mesmo pela dúvida e que, a partir daí, prossegue à maneira da geometria, ou seja, por longas cadeias dedutivas. De modo oposto, o método antigo caracteriza-se pela adoção de um ponto de partida fundado no *sensus communis*, que contrapõe pontos de vista e trabalha com silogismos. Embora o método novo possa trazer maior precisão, caso a *primum verum* seja realmente *verum*, segundo Viehweg, Vico teria apontado o método retórico como mais propenso a proporcionar sabedoria, despertar a fantasia e a memória e a ensinar como considerar um estado de coisas por ângulos diversos²²⁷.

Viehweg parte, então, para o fundamento da retórica no estudo conhecimento antigo e busca o sentido da tópica nas obras de Aristóteles e Cícero. Segundo Aristóteles, a tópica pertence ao domínio do pensamento dialético e não do apodítico. Os raciocínios dialéticos distinguem-se dos demais pela índole de suas premissas, que são opiniões acreditadas e verossímeis que devem contar com aceitação (*endoxa*). Conforme relata Viehweg, para

225 Theodor Viehweg. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 1.

226 Theodor Viehweg. *Tópica e Jurisprudência*, p. 1.

227 Theodor Viehweg. *Tópica e Jurisprudência*, pp. 20-21.

Aristóteles, “*endoxa* são proposições que 'parecem verdadeiras a todos ou à maior parte ou aos sábios e, dentre estes também, a todos ou à maior parte ou aos mais conhecidos e famosos' (Top. I. 1. 5. 3)”²²⁸. Isto é, a tópica partiria de raciocínios que derivam de premissas que parecem verdadeiras segundo reconhecidas opiniões. Nos termos de Viehweg, Aristóteles considera como *topoi* os pontos de vista utilizáveis e aceitáveis, que se empregam a favor ou contra o que é a opinião aceita e que podem conduzir à verdade²²⁹. *Topoi*, segundo Cícero, são lugares-comuns (*loci*).

O que se mostra fundamental na obra de Viehweg é a compreensão de que a tópica constitui a *techne*, a técnica do pensamento que se orienta ao pensamento problemático. Trabalhar a forma do pensamento que se orienta para o problema significa sempre considerar as particularidades do caso, buscando premissas que sejam adequadas para a sua resolução e que vão se aperfeiçoando e complementando-se à medida em que vão sendo consideradas. Esse procedimento Viehweg denomina de tópica de primeiro grau. Um procedimento que se utiliza de um repertório de pontos de vistas já preparados de antemão, um catálogo de *topoi*, é denominado de tópica de segundo grau²³⁰. Os *topoi* são importantes nas questões em que não se pode perder de vista nunca o caráter problemático. Daí por quê fundamentalmente Viehweg compreende que a tópica é indispensável à ciência do direito. Segundo Viehweg, quando se produzem mudanças ou situações novas no caso em exame, são necessários novos dados para sua solução e só então os *topoi* poderão ser considerados adequados ou inadequados. Os *topoi* têm seu sentido a partir do problema, “*a ordenação com respeito ao problema é sempre essencial para eles*”²³¹. É por isso que Viehweg cita Cícero na distinção que este faz entre *ars inveniendi*, que é um procedimento de busca de premissas, e *ars iudicandi*, que é a lógica demonstrativa, e referenda que aquele se liga à reflexão que busca o material para pensar, ao passo que essa se ajusta à lógica²³².

As premissas fundamentais do discurso são estabelecidas a partir do debate e da aceitação do interlocutor e são sempre orientadas e adquirem sentido somente em relação ao problema, então essas se qualificam como “relevantes”, “irrelevantes”, “admissíveis”, “inadmissíveis”, “aceitáveis”, “inaceitáveis”, “defensáveis” ou “indefensáveis” e assim por

228 Theodor Viehweg. *Tópica e Jurisprudência*, p. 25.

229 Theodor Viehweg. *Tópica e Jurisprudência*, p. 27.

230 Theodor Viehweg. *Tópica e Jurisprudência*, p. 36

231 Theodor Viehweg. *Tópica e Jurisprudência*, p. 38.

232 Theodor Viehweg. *Tópica e Jurisprudência*, p. 40.

diante²³³. A partir daí já se pode ver que, mantendo-se a tópica sempre voltada ao problema, há no seu procedimento um muito reduzido papel das entidades lógicas e dedutivas. Até por essa razão é que na tópica as premissas qualificam-se com as características acima descritas, ao passo que no pensamento lógico dedutivo suas proposições são demonstráveis de modo lógico e rigoroso, isto é, no âmbito da bivalência “verdadeiro” ou “falso”. Segundo Viehweg, num sistema lógico as proposições devem ser compreensíveis por si sós, a partir da explicação lógica de suas proposições nucleares que, eis o ponto, não podem ser alteradas tendo em vista uma eventual modificação da situação problemática²³⁴.

É por exaltar o caráter problemático e a construção de premissas a partir da experiência na resolução de problemas que Viehweg busca encontrar essa forma de pensamento fundamentando-a, relativamente à ciência jurídica, no *ius civile* romano. O autor traz exemplos de como o *ius civile* vinha apresentado nos Digestos, com base na fixação de pontos de vista estabelecidos pela tradição, formando um tecido jurídico. Viehweg, então, expressamente contrapõe a tópica por ele adotada como melhor forma do pensamento jurídico ao pensamento sistemático da pandectística alemã: “*Esse texto [refere-se a um texto do Digesto de Juliano] possui sem dúvida algum um nexos pleno de sentido, que não é sistemático, senão puramente problemático. Oferece-se nele uma série de soluções para um complexo de problemas, buscando e fixando pontos de vista (boa-fé, interrupção), que não aparecem unicamente aqui, senão que procedente de outros grupos de textos parecidos, onde já tinham encontrado reconhecimento e comprovação. Desta maneira, constroi-se ante nossos olhos, em uma forma bastante viva, todo um tecido jurídico. Em contraposição a isto, a explicitação de um sistema jurídico conceitual pode ver-se para nosso objeto é suficiente – em um manual da pandectística. O conceito de usucapião define-se e constroi-se através de uma série de conceitos prévios, que se selecionam: posse, posse de boa-fé, justo título para adquirir, duração da posse, capacidade de usucapião das coisas, inexistência de impedimentos por interrupção ou suspensão etc*”²³⁵. Viehweg contrapõe essas formas de raciocínio jurídico, sendo uma mais prática (problemática) e outra mais teórica (sistemática)²³⁶. Uma vez que trabalhar com o direito é trabalhar com vistas a problemas, Viehweg compreende que a vinculação com o problema impede que o pensamento se

233 Theodor Viehweg, *Tópica e Jurisprudência*, p. 42.

234 Theodor Viehweg, *Tópica e Jurisprudência*, pp. 43-44.

235 Theodor Viehweg, *Tópica e Jurisprudência*, p. 47.

236 Theodor Viehweg, *Tópica e Jurisprudência*, p. 47.

desdobre num raciocínio lógico e expressamente afirma que há de se evitar aquilo que conduz a um sistema dedutivo, caso se queira a proximidade ao problema, sendo essa a forma de pensamento dos juristas romanos²³⁷.

Pois bem, depois de passar pelo pensamento jurídico da Idade Média, também com a finalidade de fundamentar o pensamento tópico, Viehweg enfrenta a tópica em contraposição ao pensamento axiomático e descreve como seria um sistema lógico. Para o autor, significaria uma “*rigorosa axiomatização de todo o direito, unida a uma estrita proibição de interpretação dentro do sistema, o que se alcançaria de um modo mais completo mediante o cálculo*”, além de “*conseguir uma ininterrupta intervenção de um legislador, que trabalhe com uma exatidão sistemática (ou calculadora) para tornar solúveis os novos casos que surjam como insolúveis, sem perturbar a perfeição lógica do sistema (ou cálculo)*”²³⁸. O pensamento orientado pelo sistema lógico seria, contudo, incompatível com a ideia de direito. Duas objeções são ilustrativas. A primeira diz respeito à linguagem que, segundo Viehweg, varia continuamente. Isso determina que a linguagem apreende sempre novos pontos de vista inventivos e que isso põe em perigo o sistema dedutivo, uma vez que os conceitos e as proposições passam a não ser confiáveis do ponto de vista da sistemática²³⁹. A segunda objeção é relativa à estrita separação entre fato e direito. Segundo o autor, endossando a tese de Engisch, há entre fato e direito um permanente efeito recíproco, uma recíproca aproximação entre os fatos e o ordenamento jurídico. Um estado de coisas, para ser conduzido ao sistema jurídico, deve ser interpretado mediante esse panorama prévio aproximativo, que ocorreria à maneira tópica²⁴⁰.

Dessa forma, Viehweg conclui que a ciência do direito deve corresponder, na verdade, à tópica, uma vez que é uma ciência orientada ao problema. Com isso, estabelece três exigências: “*1. A estrutura total da jurisprudência [ciência do direito] somente pode ser determinada a partir do problema; 2. As partes integrantes da jurisprudência, seus conceitos e proposições têm de ficar ligados de um modo específico ao problema e só podem ser compreendidos a partir dele; 3. Os conceitos e as proposições da jurisprudência só podem ser utilizados em uma implicação que conserve sua vinculação com o problema. Qualquer outra forma de implicação deve ser evitada*”²⁴¹.

237 Theodor Viehweg. *Tópica e Jurisprudência*, pp. 50-51.

238 Theodor Viehweg. *Tópica e Jurisprudência*, p. 84.

239 Theodor Viehweg. *Tópica e Jurisprudência*, p. 82.

240 Theodor Viehweg. *Tópica e Jurisprudência*, p. 82-83.

241 Theodor Viehweg. *Tópica e Jurisprudência*, pp. 88-89.

O autor coloca-se, portanto, numa reação a uma concepção formalista do direito. Estabelecendo o foco no caráter problemático do direito, Viehweg não compreende a ciência do direito por meio da criação de um sistema lógico-dedutivo, fechado em si mesmo, estruturado por meio de conceitos e como um dado predeterminado pelo legislador num sistema completo. Ele diversas vezes demonstra sua preocupação com o desenvolvimento do direito e com o aparecimento de casos novos não previstos pela legislação²⁴² e entende que a tópica permite a renovação do direito por meio do confronto de pontos de vista (*topoi*) cuja validade daquela a ser aplicada vai garantida pelo debate e pelo desenvolvimento da tradição jurídica, refutando, com isso, o caráter lógico e dedutivo do direito.

2.2.3.2. A *Nouvelle Rhétorique* de Chaïm Perelman

Chaïm Perelman publicou, em 1958, em conjunto com Lucie Olbrechts-Tyega, uma obra denominada *Traité de l'Argumentation: La Nouvelle Rhétorique*. Conforme relata o autor, podia-se imaginar que uma concepção a respeito do raciocínio jurídico que fosse adstrita à lógica formal de legalidade, considerado como mera operação dedutiva, sem tomar em conta o caráter justo, razoável ou aceitável da decisão poderia conceber uma teoria do direito que fosse alheia aos juízos de valor; mas, em realidade, os juízos de valor são insuprimíveis no direito²⁴³. Para a teoria tradicional, contudo, apenas as verdades dos fatos e das proposições, lógicas e matemáticas, podem ser demonstradas, ao passo que os juízos de valor seriam sempre controvertidos, sem que fosse possível encontrar um método racional de estabelecimento de um acordo a seu respeito²⁴⁴. Partindo da distinção aristotélica entre raciocínios analíticos ou lógico-formais, de um lado, e raciocínios dialéticos ou retóricos, de outro, Perelman baseia sua teoria da argumentação nesse último grupo²⁴⁵.

A concepção positivista sempre negou no raciocínio jurídico o uso da razão prática e, portanto, a ideia de escolha, de uma decisão; a noção de uma solução razoável deveria ser excluída²⁴⁶. Mas mesmo que fosse possível ultrapassar os domínios estritos do positivismo, diz Perelman, era necessário elaborar uma metodologia que permitisse por em prática o uso da

242 Theodor Viehweg. *Tópica e Jurisprudência*, pp. 51-52.

243 Chaïm Perelman. *Lógica Jurídica: nova retórica*, p. 135.

244 Chaïm Perelman. *Lógica Jurídica: nova retórica*, p. 136.

245 Chaïm Perelman. *Lógica Jurídica: nova retórica*, pp. 1-3; Manuel Atienza. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, p. 84.

246 Chaïm Perelman. *Lógica Jurídica: nova retórica*, p. 137.

razão, elaborando uma lógica dos juízos de valor que não dependesse de mera subjetividade ou arbítrio de cada um²⁴⁷. Depois de muito estudo, concluiu o autor que não existiria lógica com relação a juízos de valor e esses, na existência de uma questão controvertida, deveriam ser estabelecidos por meio da dialética e da retórica, raciocínios que visam ao estabelecimento de um acordo sobre os valores e sua aplicação²⁴⁸.

Partindo dos estudos de Aristóteles a respeito da retórica, afirma Perelman que o seu objeto de estudo são as técnicas discursivas que visam a provocar ou a aumentar a adesão das mentes às teses apresentadas a seu assentimento²⁴⁹. Esse ponto distinguiria a retórica da lógica formal, ou seja, ao passo que a lógica dedutiva implica conclusões necessárias (se as premissas são verdadeiras, então a conclusão também será), no campo da retórica a argumentação orienta-se no sentido do plausível²⁵⁰.

Seguindo nos seus estudos, afirma o autor belga que para a retórica a noção de auditório é fundamental, uma vez que um discurso só poderá ser eficaz se for adaptado ao auditório que pretender convencer. Diferencia-se a nova retórica (a *nouvelle rhétorique*) por não se limitar apenas ao exame das técnicas do discurso público, mas por ter interesse pela dialética, pela arte de atacar e defender numa controvérsia, englobando, para tanto, o campo da argumentação²⁵¹. Nesse rumo, enquanto nos raciocínios demonstrativos as inferências são corretas ou incorretas, na argumentação as proposições de uma tese têm maior ou menor força e, por isso, suscitam maior ou menor adesão. As técnicas da argumentação visam a enfraquecer ou fortalecer a adesão a uma tese²⁵².

Com efeito, segundo Perelman, a sua nova retórica é “o estudo das técnicas discursivas que visam a provocar ou a intensificar a adesão de certo auditório às teses apresentadas”²⁵³. Essa retórica coloca-se em nítida oposição aos ditames da lógica formal, que não deixam espaço nenhum para as reações do auditório²⁵⁴. Servem de ponto inicial ao discurso argumentativo os lugares-comuns, desempenhando aí um papel análogo aos que exercem os axiomas em um sistema formal, porém desses diferem porque não estão fundados

247 Chaïm Perelman. *Lógica Jurídica: nova retórica*, p. 137.

248 Chaïm Perelman. *Lógica Jurídica: nova retórica*, pp. 138-139.

249 Chaïm Perelman. *Lógica Jurídica: nova retórica*, pp. 141-143.

250 Chaïm Perelman. *Lógica Jurídica: nova retórica*, p. 143; Manuel Atienza. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, p. 84.

251 Chaïm Perelman. *Lógica Jurídica: nova retórica*, p. 144.

252 Chaïm Perelman. *Lógica Jurídica: nova retórica*, p. 147.

253 Chaïm Perelman. *Lógica Jurídica: nova retórica*, p. 154.

254 Chaïm Perelman. *Lógica Jurídica: nova retórica*, p. 156.

na sua evidência, mas, ao contrário, justamente na possibilidade de controvérsia²⁵⁵. Essa concepção autoriza que, na aplicação do direito, que trata da solução de problemas práticos, a busca de resoluções concretas determinará uma nova tomada de posição, uma reinterpretação, permitindo a aplicação de modo mais rígido ou flexível dos termos da lei. Ora, enquanto os axiomas de um sistema formal autorizam abstrações neutras à realidade, a argumentação insere-se necessariamente num contexto sócio-cultural.

Na concepção de um sistema formal, uma vez tomadas por verdadeiras as premissas e enunciadas as regras de dedução, então a conclusão será sempre verdadeira. Já no que se refere à argumentação, suas técnicas fornecem uma gama de razões mais ou menos fortes que podem, ainda que partindo do mesmo ponto, chegar a conclusões diferentes²⁵⁶. No seu *Traité de l'Argumentation*, Perelman cuida de apresentar as técnicas da argumentação. Com efeito, partindo da concepção aristotélica, Perelman entende o caráter extremamente reduzido da lógica no raciocínio jurídico, uma vez que, embora para Aristóteles a estrutura do raciocínio dialético seja a mesma do silogismo (a diferença estaria nas premissas, que no raciocínio dialético são apenas plausíveis), para Perelman não existe um caminho lógico necessário da passagem das premissas à conclusão na argumentação²⁵⁷. Afirma Perelman: “*Enquanto no silogismo a passagem das premissas à conclusão é obrigatória, o mesmo não acontece quando se trata de passar dos argumentos à decisão: tal passagem não é de modo algum obrigatória, pois se o fosse não estaríamos diante de uma decisão, que supõe sempre a possibilidade quer de decidir de outro modo, quer de não decidir de modo algum*”²⁵⁸.

Ao final do seu *Lógica Jurídica*, publicado depois do *Traité de l'Argumentation*, Perelman conclui que a lógica contém um papel na decisão judicial, que toma parte na forma do silogismo. Adverte, porém, que “*todo o debate judiciário e toda a lógica jurídica concernem apenas à escolha das premissas que forem mais bem motivadas e suscitem menos objeção*”²⁵⁹. Conclui, então, afirmando que a lógica jurídica não é formal, mas argumentativa: “*A lógica jurídica, especialmente a judiciária, que procuramos discernir com análise do raciocínio dos juristas, mais particularmente das Cortes de Cassação, apresenta-se, em conclusão, não como uma lógica formal, mas como uma argumentação que depende do modo como os legisladores e os juízes concebem sua missão e da ideia que têm do direito e de seu*

255 Chaïm Perelman. *Lógica Jurídica: nova retórica*, p. 159.

256 Chaïm Perelman. *Lógica Jurídica: nova retórica*, p. 170.

257 Manuel Atienza. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*, p. 105.

258 Chaïm Perelman. *Lógica Jurídica: nova retórica*, p. 3.

259 Chaïm Perelman. *Lógica Jurídica: nova retórica*, p. 242.

funcionamento na sociedade”²⁶⁰.

2.2.3.3. A Teoria Lógico-Argumentativa

A teoria lógico-argumentativa resulta dos esforços de autores ligados à tradição continental e também influenciados pela tradição do *common law*, que escreveram a partir da segunda metade do séc. XX no sentido de integrar duas distintas noções, a concepção lógico-formal e aquela ligada à racionalidade prática. Embora os autores dessa corrente não tenham sido uníssonos em todos os termos de suas teorias, é possível delinear um ponto de contato de seus pensamentos, um ponto comum que os reúne numa vertente de pensamento jurídico. Chiassoni qualifica essa vertente como a “teoria standard” da argumentação jurídica, isto é, um conjunto de teorias analíticas do raciocínio jurídico elaborado por teóricos como Jerzy Wróblewski, Neil MacCormick, Robert Alexy, Aleksander Peczenik e Aulis Aarnio²⁶¹.

Em termos gerais, compreendeu esse grupo de estudiosos a necessidade de realizar um exame analítico do raciocínio jurídico de forma a compatibilizar no discurso jurídico uma abordagem argumentativa, que diz respeito à escolha das premissas normativas e fáticas da decisão, e outra lógica, decorrente da necessidade de consistência e concatenação lógica do silogismo entre aquelas premissas determinadas e conclusão jurídica.

Esse movimento ocupa, portanto, uma posição intermediária entre as correntes que reduziram o pensamento jurídico à lógica-dedutiva e as que rejeitaram qualquer característica lógica da atividade de interpretação e aplicação do direito. Com Stefano Berta, o movimento dos autores que conformam uma teoria lógico-argumentativa “*riflette l'esigenza di superare l'ormai sterile contrapposizione tra il riduzionismo logico e il rifiuto aprioristico dell'utilizzo della logica nel diritto proprio degli approcci topici e neoretorici*”²⁶².

Essa concepção do modelo lógico-argumentativo vai expressamente afirmada por MacCormick já na abertura do seu *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, ao afirmar que, embora muitos autores negassem o papel da lógica e do raciocínio dedutivo, sua teoria defende que uma forma de raciocínio dedutivo é essencial para a argumentação jurídica, apesar de que essa não poderia ser reduzida exclusivamente a uma índole dedutiva²⁶³. Embora

260 Chaïm Perelman. *Lógica Jurídica: nova retórica*, p. 243.

261 Pierluigi Chiassoni. *Tecnica dell'Interpretazione Giuridica*, p. 13.

262 Stefano Berta. *Certeza del Diritto e Argomentazione Giuridica*, p. 80.

263 Neil MacCormick. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. IX.

o direito seja uma empresa interpretativa e o raciocínio não possa ser reduzido somente ao silogismo, o raciocínio silogístico é essencial para o direito, razão pela qual MacCormick responde à pergunta “é o pensamento jurídico em algum sentido silogístico?”, dizendo que “*Yes – at least, 'Yes, with reservations and qualifications'*”²⁶⁴.

Refere o autor escocês que o raciocínio jurídico deve estar vinculado ao contexto normativo e aos valores fundamentais atribuídos pela ordem jurídica, de modo que raciocinar por esse viés significa um esforço persuasivo, visto que há argumentos que são melhores que outros²⁶⁵. MacCormick adota a teoria de Herbert Hart, segundo a qual os enunciados jurídicos não podem dar uma resposta clara e certa a todos os casos, uma vez que a linguagem apresenta uma textura aberta²⁶⁶, e, pelo menos em certos contextos, pode haver indeterminação, zonas de penumbra com relação ao significado do enunciado. Isso demonstra, por conseguinte, a limitação da lógica dedutiva no discurso jurídico²⁶⁷ e denota, de outro lado, que em certos casos a norma poderá mostrar-se ambígua ou obscura, situação em que haverá margem de discricionariedade do intérprete ao estabelecer o significado desse enunciado normativo.

Quando se admite que a linguagem tem uma textura aberta e que, portanto, pode apresentar-se em determinados casos como obscura ou ambígua, rompe-se com o paradigma formalista de identificar o texto da disposição normativa com a norma. Por essa razão, para os autores da teoria lógico-argumentativa, há uma revisão a respeito do que consubstanciam as fontes do direito. Há um alargamento da compreensão do que pode caracterizar uma fonte do direito para tudo aquilo que sirva de informação e, assim, constitua uma razão a ser utilizada como a base justificatória da interpretação, conforme refere Aulis Aarnio²⁶⁸. No mesmo sentido, Peczenik afirma que “*all legal reasons are sources of law in the broadest sense*”²⁶⁹. Sob essa perspectiva, admite-se como fonte do direito outros elementos, estranhos à teoria tradicional formalista, como os trabalhos preparatórios (*travaux préparatoires*), o costume,

264 Neil MacCormick. *Rhetoric and the Rule of Law – A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 32

265 Neil MacCormick. *Rhetoric and the Rule of Law*, pp. 1-2.

266 Herbert Hart. *The Concept of Law*. (1961) 2a ed. Oxford: Clarendon Press, 1994, pp. 124 e ss.

267 Neil MacCormick. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, p. 83.

268 “Referring to this practice, the notion of the source of law is in this contribution defined as follows: *every reason that can – according to the generally accepted rules of the legal community – be used as the justificatory basis of the interpretation is a source of law*” (Aulis Aarnio. *The Rational as Reasonable – A Treatise on Legal Justification*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987, p. 78.

269 Aleksander Peczenik. *The Basis of Legal Justification*. Lund, 1983, p. 35.

precedentes, considerações consequencialistas, opiniões doutrinárias, etc²⁷⁰.

As fontes do direito passam a poder ser agrupadas de acordo com sua vinculatividade, com sua autoridade ou com o seu conteúdo²⁷¹. A ampliação do quadro das fontes do direito não significa, contudo, o reconhecimento de uma margem de liberdade incondicionada do intérprete de aplicá-las de acordo com sua escolha arbitrária²⁷², já que existe uma cadeia de hierarquia *prima facie* das fontes do direito que constitui o ponto de partida do raciocínio judicial e que consubstancia o material que deve ou pode ser utilizado pelo intérprete²⁷³. Com efeito, o caráter argumentativo do direito não significa total liberdade ou arbitrariedade de decisão por parte do intérprete. MacCormick, por exemplo, esforça-se para demonstrar justamente que é possível conciliar o caráter argumentativo do direito com a noção de *Rule of Law*²⁷⁴. Refere o jurista escocês, com efeito, que nenhum argumento jurídico a ser utilizado pelo intérprete será sem vinculação ao ordenamento jurídico, as soluções propostas deverão ser fundamentadas nas normas jurídicas. Diz MacCormick: “*In a legal argument, no one starts with a blank sheet and tries to work out a reasonable conclusion a priori. A solution offered must ground itself in some proposition that can be presented with at least some credibility as a proposition of law, and such a proposition must be shown to cohere in some way with other propositions that we take to satate established laws*”²⁷⁵.

Prosseguindo, se o discurso jurídico envolve uma determinada medida de escolha, para os autores da argumentação jurídica essa é uma espécie de raciocínio prático²⁷⁶. E, “*por tratar da razão como algo que estabelece o que é correto fazer em situações em que haja escolha, ela trata da justificação*”²⁷⁷. Nessa senda, se o processo de aplicação de normas jurídicas envolve não só uma parcela de lógica, de dedução, mas envolve argumentação e,

270 Aulis Aarnio. *The Rational as Resonable*, pp. 78 e ss.; Stefano Berteza. *Certeza del Diritto e Argomentazione Giuridica*, pp. 103-104.

271 Aulis Aarnio. *The Rational as Resonable*, pp. 89-95; Aleksander Peczenik. *The Basis of Legal Justification*, p. 35-44.

272 Stefano Berteza. *Certeza del Diritto e Argomentazione Giuridica*, p. 104.

273 Aleksander Peczenik. *The Basis of Legal Justification*, p. 35. O autor diferencia entre *must-sources* (devem ser referidas pelo intérprete e para não aplicá-las há uma forte carga argumentativa), *should-sources* (devem ser consideradas, mas sua ausência não importa nenhuma sanção e sua superação importa uma carga argumentativa menor) e as *may-sources* (a apreciação pelo intérprete é facultativa).

274 Neil MacCormick. *Rhetoric and the Rule of Law*, pp. 12-17.

275 Neil MacCormick. *Rhetoric and the Rule of Law*, p. 23.

276 Para Alexy, tese adotada por MacCormick, o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral, uma vez que as questões jurídicas se referem a questões práticas, ou seja, ao que pode ser feito ou omitido, e a discussão a respeito dessas questões tem uma pretensão de correção. Mas difere-se do discurso prático geral porque o discurso jurídico está vinculado ao direito vigente (Robert Alexy. *Teoria da Argumentação Jurídica – A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp. 209 e ss.).

277 Neil MacCormick. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, p. XIV.

portanto, escolha, o processo que deve ser estudado é o processo de argumentação como um processo de *justificação*²⁷⁸. O núcleo essencial do discurso jurídico, fundamentado na sua pretensão de correção por referência ao direito, reside em que as proposições normativas possam ser racionalmente fundamentadas²⁷⁹.

Dado que há na interpretação jurídica uma atividade lógica e uma atividade argumentativa, a justificação da decisão judicial envolve uma justificação interna e uma justificação externa. A justificação interna diz respeito à racionalidade interna da decisão jurídica no que concerne às regras de inferências adotadas a partir das premissas, isto é, atine à exigência de não contradição entre as premissas adotadas (e tomadas como pressupostas) e a conclusão. A justificação externa, por seu turno, relaciona-se com a variante argumentativa da decisão, vale dizer, diz respeito à justificação das escolhas realizadas pelo intérprete para a escolha das premissas, relativamente à validade e interpretação dos elementos normativos e fáticos da decisão²⁸⁰.

Ao contrário das correntes que adotam uma tendência formalista de interpretação, a teoria lógico-argumentativa não vê a atividade do intérprete como meramente descritiva ou reveladora de um significado previamente determinado do dispositivo jurídico independentemente do contexto de aplicação a que faça referência. Isto é, não vê a interpretação jurídica como uma atividade neutra, desprendida de um contexto cultural. De outro lado, não se filia a teoria lógico-argumentativa às correntes que se identificaram com uma forma radical de antiformalismo interpretativo, que admitiam uma indiscriminada margem de poder de criação do intérprete, até mesmo *contra legem*. A teoria lógico-argumentativa coloca-se, em realidade, no contexto de uma ideologia jurídica e racional da decisão judicial (*ideology of legal and rational judicial decision-making*). De um lado compreende-se que há aspectos valorativos e eletivos do juiz que entram em aplicação, mas consciente de que a atividade vai vinculada ao ordenamento jurídico, dentro dos limites de eleição estabelecidos pelo texto, e, de outro, a racionalidade é um valor que exige que as decisões sejam implementadas por meio de uma adequada justificação²⁸¹.

278 Neil MacCormick. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, p. 23.

279 Robert Alexy. *Teoria da Argumentação Jurídica*, p. 217.

280 Jerzy Wróblewski. *"Sentido" y "Hecho" en el Derecho*. Trad. Francisco Ezquiaga. San Sebastián: Universidade del País Vasco, 1989, pp. 40-41; Robert Alexy. *Teoria da Argumentação Jurídica*, pp. 219 e ss.; Aulis Aarnio. *The Rational as Reasonable*, pp. 119-120.

281 Wróblewski alinha as teorias extremadas formalistas, antiformalistas e a teoria-lógico argumentativa de acordo com as ideologias, respectivamente, da *bound judicial decision-making*, *free judicial decision-making* e *legal and rational judicial decision-making* (*The Judicial Application of Law*. Dordrecht: Kluwer Academic

3. A Interpretação Judicial no Marco do Estado Constitucional

O estudo retrospectivo das principais escolas do pensamento jurídico moderno pôde demonstrar que, consciente ou inconscientemente, essas sempre se inclinaram a uma ou a outra forma de encarar a atividade do intérprete na interpretação judicial, ora mais pendente ao formalismo, ora mais pendente ao antiformalismo. Resta-nos, agora, definir qual a verdadeira atividade do intérprete na aplicação do direito no atual estágio de desenvolvimento jurídico, isto é, no marco do Estado Constitucional.

3.1. Análise Crítica da Teoria Formalista

A tese formalista ou cognitivista propõe que cabe ao intérprete apenas descrever o significado do dispositivo normativo, suscetível de conhecimento. Para essa corrente, portanto, há sempre um sentido certo e exato, anterior e independentemente da atividade de interpretação.

Se é certo que a vertente mais extremada dessa corrente correspondeu a uma forma de pensamento jurídico dominante há mais de dois séculos, também se deve admitir que só se pode adequadamente examinar uma obra ou uma forma representativa de pensamento a respeito da atividade jurídica de acordo com o contexto em que vigeu. Por essa razão, a teoria formalista da interpretação, embora se possa dizer atualmente que há um consenso de que seja ultrapassada, pelo menos no seu sentido mais radical, revelou sua importância para a teoria do direito.

A teoria formalista em sua forma mais pura surgiu num momento de consolidação do Estado de Direito e, com ele, seus valores de liberdade, propriedade, igualdade e dignidade²⁸². A intenção de proibir que os juízes interpretassem as leis, embora hoje se saiba ser impossível, tinha a nítida preocupação de outorgar um elevado grau de segurança jurídica à atividade jurisdicional, compreendida a segurança jurídica como apoiada num “*sistema de*

Publishers, 1992, pp. 273-313; “*Sentido*” y “*Hecho*” en el Derecho, pp. 56-63).

282 Humberto Ávila. “Interpretación de las Leyes”. In: *Beccaria 250 Años Después – Dei Delitti e Delle Pene*. Montevideo: BdeF, 2011, p. 67. No seu ensaio, Humberto Ávila analisa a atualidade da obra de Beccaria, jurista que encampa a teoria formalista na sua forma mais radical, de modo que as observações do ensaio de Humberto Ávila servem ao formalismo de um modo geral.

ordenação abstracto-formal e determinado, rígido, estático e fechado”²⁸³ que proporcionasse um ideal de previsibilidade e calculabilidade elevados na máxima potência, por meio de uma codificação clara e completa, e empregando o método lógico-subsuntivo à atividade de aplicação da lei. Conforme Castanheira Neves, essa compreensão decorre de uma forma de compreender a segurança jurídica do direito como “*uma pré-determinação do normativo jurídico que possibilite seu conhecimento certus e postula um esquema de aplicação do direito que permita a previsibilidade e porventura o 'cálculo' - savoir c'est prévoir -, para que assim os destinatários do direito se possam mover no seio dele em termos de um homem securus*”²⁸⁴.

Essa compreensão revela, a despeito das críticas que possam ser hoje realizadas, uma grande preocupação com a segurança jurídica e, conseqüentemente, contra a arbitrariedade, a subjetivação e a parcialidade. São preocupações intimamente conectadas ao princípio do Estado de Direito, que requer um governo do direito e não dos homens, no qual imperam a objetividade, a imparcialidade e a transparência²⁸⁵. Esse é um grande avanço proporcionado pela teoria formalista à teoria do direito: sua atenção à limitação do poder e ao controle da arbitrariedade²⁸⁶.

Mas, conforme visto, para afirmar sua validade, a teoria formalista requer, uma vez que a norma está no texto, a ideia de completude de um ordenamento jurídico no qual seria possível apreender do texto, por meio da aplicação da interpretação literal aos dispositivos, um sentido que poderia ser facilmente descoberto, sendo as normas do tipo regra. Analisando efetivamente a atividade do intérprete e o objeto de interpretação, no entanto, chega-se à conclusão de que a tese formalista não se sustenta.

A tese formalista não se sustenta, primeiramente porque o ordenamento jurídico não é um objeto completo e determinado, mas, pelo contrário, é indeterminado, no sentido de que há dúvida a respeito de quais normas nesse “existem”, quais a esse pertencem ou quais são vigentes, em razão da equivocidade dos textos normativos²⁸⁷. A equivocidade dos textos está em que estes não possuem, ao contrário do que pressupõe a teoria formalista, um sentido unívoco, uma única solução pré-determinada, mas a sua análise demonstra que potencialmente podem surgir problemas de ambigüidade, complexidade, implicabilidade,

283 António Castanheira Neves. *O Instituto dos “Assentos” e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, p. 37.

284 António Castanheira Neves. *O Instituto dos “Assentos” e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, p. 37.

285 Humberto Ávila. “Interpretación de las Leyes”, p. 67.

286 Humberto Ávila. “Interpretación de las Leyes”, p. 70.

287 Riccardo Guastini. *Interpretare e Argomentare*. p. 39.

superabilidade e abrangência²⁸⁸.

A ambiguidade dos textos normativos corresponde à possibilidade de que os enunciados apresentem significados diferentes e excludentes, permitindo a construção de uma ou, ao contrário, de outra norma. O problema da complexidade surge quando um enunciado normativo produz ao mesmo tempo duas normas conjuntas diferentes. A análise do texto pode levar ainda a um nexo de implicação entre os enunciados, ou seja, um dispositivo enseja a construção de uma norma, mas essa implica outra norma. A superabilidade surge quando um dispositivo enseja a criação de uma norma, mas essa norma admite exceções implícitas. Finalmente, o problema da abrangência emerge quando um dispositivo enseja a criação de uma norma, mas não se sabe a norma é aplicável somente às hipóteses de suporte fático expressamente nela previstas ou se sua aplicação se estende a situações semelhantes, ou seja, se o texto é taxativo ou exemplificativo²⁸⁹.

A equívocidade dos textos normativos não é um problema que possa ser superado apenas mediante uma apuração linguística na sua formulação, uma vez que essa não corresponde a um defeito objetivo do texto, mas, sobretudo, decorre de diferentes posições assumidas pelo intérprete na sociedade ou diante de um determinado conflito (diferença de interesses e divergência de concepções de justiça), com os métodos interpretativos e argumentativos de que se vale (diferentes métodos interpretativos) e com os conceitos jurídicos que adota (diferentes concepções dogmáticas)²⁹⁰.

O problema da equívocidade dos enunciados, que se relaciona à indeterminabilidade do ordenamento jurídico, diz respeito à identificação, ou à criação, da norma aplicável a um determinado caso. Mas, mesmo com a superação desse problema, aparece ainda um outro, que se identifica com a indeterminabilidade não do ordenamento, mas de cada norma, que é o problema da vagueza ou da imprecisão²⁹¹. Mesmo quando o intérprete já sabe qual a norma reconstruída do dispositivo, surge o problema de identificar a quais classes de casos ela

288 Riccardo Guastini. *Interpretare e Argomentare*. pp. 39-61; Humberto Ávila. “Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo”, pp. 187-192; Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. p. 55.

289 Riccardo Guastini. *Interpretare e Argomentare*. pp. 39-44. Humberto Ávila. “Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo”, pp. 190-192. Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. p. 55.

290 Riccardo Guastini. *Interpretare e Argomentare*. pp. 46-47; Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. p. 55.

291 “(...) ambiguidade e imprecisão são marcas características da linguagem jurídica” (Eros Roberto Grau. *Por Que Tenho Medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*, p. 143.

deverá ser aplicada, isto é, não se sabe exatamente quais situações de fato adentram no campo de aplicação da norma²⁹².

Em termos gerais, a vagueza da norma jurídica aparece quando o uso de um termo ou enunciado apresenta, além da hipótese não controversa, casos limites, de tal modo que os membros de uma determinada comunidade linguística são intrinsecamente incertos se a hipótese fática em questão corresponde ou não ao suporte fático abstrato da norma, isto é, à situação configurada no enunciado²⁹³. A incerteza é intrínseca, já que não decorre de uma insuficiência de provas sobre os fatos controvertidos, nem de um profundo conhecimento do direito e tampouco de uma padronização da linguagem jurídica, mas é própria da impossibilidade das regras de significado resolver todas as situações que podem surgir com o emprego termo²⁹⁴.

Um exemplo muito ilustrativo a respeito da vagueza das normas jurídicas é fruto da clássica polêmica, criada em 1958 pelos debates de Herbert Hart e Lon Fuller, que geraram “o mais famoso caso hipotético discutido no common law”²⁹⁵. Herbert Hart apresentou seu ensaio inicialmente com a finalidade de responder aos realistas sobre a indeterminabilidade das normas jurídicas, afirmando que estas possuíam um núcleo central de significação, no qual não haveria dúvidas a respeito da aplicabilidade da norma (*easy cases*) e uma zona de penumbra, na qual a aplicação da norma tornava-se duvidosa (*hard cases*)²⁹⁶. Para tanto citou o exemplo de uma regra hipotética que excluía a entrada de veículos em um parque. A resposta ao ensaio de Hart foi dada por Fuller, cujo principal objetivo foi o de demonstrar que, sem se atentar à finalidade da norma, nem mesmo seria possível falar de uma zona central em que não houvesse dúvidas a respeito da sua aplicação²⁹⁷. Fuller utilizou-se do mesmo exemplo de Hart a respeito da proibição de entrada de veículos no parque e questionou, imaginando a

292 Riccardo Guastini. *Interpretare e Argomentare*. pp. 46-47; Humberto Ávila. “Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo”, p. 191.

293 Claudio Luzzati. *La Vaghezza delle Norme: un'analisi del linguaggio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 70.

294 Claudio Luzzati. *La Vaghezza delle Norme: un'analisi del linguaggio giuridico*. p. 70.

295 Frederick Schauer. “A Critical Guide to Vehicles in the Park”. In: *New York University Law Review*, v. 83, 2008, p. 1.109.

296 É, de fato, curioso que a mais famosa polêmica do direito estadunidense tenha se estabelecido sem o foco que Hart inicialmente tivera. Com efeito, Hart escreveu seu ensaio como uma resposta aos realistas, por compreender que eles assumiam a total indeterminabilidade do direito, tomando, como sendo representativos do direito, casos marginais, que eram os casos que chegavam às cortes recursais em razão de estarem na zona de penumbra (os *hard cases*), mas ignoravam uma grande maioria dos casos (os *easy cases*) em que não haveria dúvida sobre a determinabilidade do direito (Frederick Schauer. “A Critical Guide to Vehicles in the Park”, pp. 1.109-1.110).

297 Lon Fuller. “Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart”. In: *Harvard Law Review*, v. 71, 1958, pp. 661-669.

hipótese de um grupo de patriotas quisessem erguer um memorial com um tanque de guerra em perfeitas condições de funcionamento dentro do parque, se a entrada do tanque seria permitida ou impedida, considerando-se que não há dúvida de que um tanque de guerra é um veículo. Investigando a finalidade da norma, Fuller entendeu que dificilmente a colocação do tanque no parque seria impedida, embora a existência de uma regra que proibisse a entrada de veículos no parque e a ausência de controvérsia a respeito da classificação de um tanque de guerra como veículo.

Independentemente da discussão a respeito da forma de argumentação para a aplicação da norma – se com o emprego de argumento literal ou finalístico – o resultado da polêmica demonstra que a vagueza é um problema da linguagem que atinge a todas as normas e difere do problema da equívocidade do ordenamento. Isto é, ainda quando o interprete já saiba qual a norma a ser aplicada – no exemplo, “é proibida a entrada de veículos no parque” - mesmo assim pode surgir o problema de saber-se se a hipótese concreta enquadra-se na previsão abstrata da norma. No exemplo da polêmica, um carrinho de criança, um par de patins, um par de *skis* ou um carrinho de supermercado são veículos? Teriam sua entrada no parque permitida ou proibida?

O resultado da polêmica também serve de exemplo para demonstrar que os problemas da equívocidade e da vagueza impõem, para a aplicação da norma, a mediação de elementos discursivos e argumentativos. Isto é, mesmo quando se eliminam os problemas de identificação da norma a ser aplicada e de classificação da hipótese concreta (tanque de guerra) na classe prevista no suporte fático da norma (veículo), mesmo assim a norma pode não ser aplicada. Nesse caso, segundo Fuller, recorrendo-se à intermediação de uma interpretação finalística²⁹⁸.

A tese formalista também é insuficiente para servir de teoria ao raciocínio de aplicação do direito, uma vez que, contrariamente ao que supõe, não é sustentável a utilização apenas do tipo de interpretação literal, não só pela vagueza e equívocidade das normas, mas também porque a aplicação do direito requer, além da interpretação de textos, a interpretação de elementos extratextuais. Conforme Claudio Luzzati, embora os signos aos quais são atribuídos os significados na maior parte pertençam à linguagem escrita, essa não é uma

298 Segundo Humberto Ávila, essa seria a hipótese de aplicação do postulado normativo aplicativo da razoabilidade como equidade (*Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14a ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 174-176).

característica necessária²⁹⁹. A interpretação jurídica demanda também a interpretação de condutas humanas num determinado contexto histórico, social e cultural, exigindo, além da análise de textos, a interpretação de atos, fatos, costumes, finalidades e efeitos. O intérprete, com efeito, é constantemente confrontado com dispositivos que fazem referência a fatos, atos, costumes, finalidades e efeitos³⁰⁰.

A interpretação de fatos significa a conjectura a respeito da explicação causal de um evento³⁰¹. A interpretação de atos requer a conjectura a respeito da intenção do agente, a subsunção do ato em questão a uma classe de atos ou a sua qualificação segundo a qualificação proposta na norma³⁰². A interpretação de costumes exige a atribuição de sentido a uma determinada prática social³⁰³. Já a interpretação de finalidades e efeitos demanda a atribuição de sentido a determinados dispositivos que mencionam um estado de coisas a ser atingido³⁰⁴.

Nada obstante, MacCormick afirma que a indeterminabilidade do ordenamento jurídico não resulta somente do fato de que o direito é vertido em linguagem, mas também da possibilidade, num Estado de Direito, que qualquer cidadão possa sempre, valendo-se do direito de ação, pôr em discussão a adequada interpretação dos materiais normativos, das avaliações de inferências de prova, da caracterização dos fatos provados ou da sua relevância à luz do material normativo³⁰⁵. Diz o jurista escocês: *“Thus emerge contests over proper interpretation of legal materials, over the proper drawing of inferences from evidences, over evaluation of conflicting pieces of evidence, over the proper characterization of facts proven or agreed, or over their relevance to the legal materials adduced. These contests are not some kind of a pathological excrement on a system that would otherwise run smoothly. They are in integral element in a legal order that is working according to the ideal of the Rule of Law. For*

299 Claudio Luzzati. *La Vaghezza delle Norme: un'analisi del linguaggio giuridico*. p. 109.

300 Humberto Ávila. “Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo”, pp. 187-188.

301 Riccardo Guastini. *Interpretare e Argomentare*. p. 9. Humberto Ávila. “Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo”, p. 188.

302 Riccardo Guastini. *Interpretare e Argomentare*. p. 5. Humberto Ávila. “Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo”, p. 188.

303 Riccardo Guastini. *Interpretare e Argomentare*. pp. 10-11. Humberto Ávila. “Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo”, p. 189.

304 Humberto Ávila. “Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo”, pp. 189.

305 “Hence legal indeterminacy is not merely (though is also) a result of the fact that states communicate their legal materials in natural ('official') languages, and that these are afflicted with ambiguity, vagueness, and open texture. It also results from, and is in some measure magnified by, the due recognition of the 'rights of defense' in every setting of criminal prosecution or civil litigation” (Neil MacCormick. *Rhetoric and The Rule of Law*, p. 26).

this insists on the production by governments of an appropriate warrant in law for all that they do, coupled with the right of the individual to challenge the warrant produced by government”³⁰⁶.

O fundamental é compreender que a equivocidade do ordenamento, a vagueza das normas e a não limitação da interpretação a elementos apenas textuais da ordem jurídica, aliados à necessidade de intermediação de métodos discursivos e argumentativos, demonstram que as normas não têm um conteúdo único, pré-determinado e anterior à atividade interpretativa³⁰⁷. A atividade do cientista do direito e também a do aplicador não é, portanto, apenas uma atividade de descrição ou de conhecimento, conforme sustenta a tese formalista.

A origem da concepção de ciência do direito como sendo constituída por uma atividade de puro conhecimento de algo externo, extirpando do exame científico tudo que fosse uma avaliação interna, subjetiva, foi elaborada na modernidade³⁰⁸ e, segundo Bobbio, na verdade é decorrente de um “complexo de inferioridade” dos juristas³⁰⁹. O raciocínio elaborado era o de que se a ciência do direito não era verdadeira ciência por que não entrava no conceito oficial de ciência, então se deveria criar uma que fosse verdadeira ciência, ainda que não coincidissem com a real atividade do jurista³¹⁰. “*O valor fundamental para a Ciência moderna é a certeza, e a primeira providência para afastar o perigo das incertezas é exilar as aparências (leia-se 'as percepções e sensações' ou 'as qualidades secundárias' ou 'a subjetividade' em um mundo do qual a Ciência não deve ocupar-se (o mundo interior de cada um))*”³¹¹. Isto é: o direito para ser ciência, só poderia trabalhar com atos de conhecimento, externos ao intérprete; jamais poderia envolver no seu processo um ato de vontade, contaminando aquela ciência perfeita com subjetivismo, incontabilidade e incerteza.

Isso levou à consequência de que se elaborou uma forma de saber jurídico modelado sobre os cânones metodológicos das ciências verdadeiras e próprias, mas que com a efetiva

306 Neil MacCormick. *Rethoric and The Rule of Law*, p. 27.

307 Humberto Ávila. “Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo”, pp. 192-194.

308 Cláudio Fortunato Michelon Jr. *Aceitação e Objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 52.

309 Norberto Bobbio. “Scienza del Diritto e Analisi del Linguaggio”. In: *Diritto e Analisi del Linguaggio*. Milano: Edizioni di Comunità, 1976, p. 289.

310 Norberto Bobbio. “Scienza del Diritto e Analisi del Linguaggio”. p. 289.

311 Cláudio Fortunato Michelon Jr. *Aceitação e Objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito*, p. 49.

natureza do direito relacionava-se apenas por ser uma “*brutta copia o la caricatura*”³¹². Na verdade, a concepção racionalista dos Seiscentos e a positivista dos Oitocentos criaram um uma ciência jurídica totalmente estranha à real atividade do jurista³¹³.

Nas palavras de Humberto Ávila, “*a tese descritivista da Ciência do Direito' partiu de um modelo de ciência criado para outros mundos, mas não para o mundo do Direito*”, de modo que, “*por meio do modelo empirista, adequou-se o Direito ao modelo de Ciência, em vez de se adaptar o modelo de Ciência ao Direito*”³¹⁴. Ao contrário do que supõe a teoria formalista, a atividade do intérprete, como se verá, não é apenas descritiva, mas adscritiva.

3.2. Análise Crítica da Teoria Antiformalista

A tese antiformalista, por seu turno, e conforme visto, defende que a atividade do intérprete, ao contrário, é sempre criativa, uma vez que não há nenhum significado antes da interpretação, ou então, numa vertente menos radical, que não exista apenas um único significado³¹⁵. Analisaremos criticamente a procedência e aceitabilidade da tese antiformalista na sua primeira acepção, considerando-se que comungaremos, conforme mais adiante se verá, da tese na segunda variante.

A primeira crítica que pode ser feita à tese antiformalista radical é a de que não se pode admitir uma interpretação que crie qualquer significado, sem considerar os limites mínimos das palavras que devam ser respeitados e reconhecidos. Para chegarmos a essa conclusão, ou avaliarmos o acerto da proposta, contudo, é necessário antes refutar a tese de que a linguagem não pode restringir escolhas. A pergunta que se coloca, dessa forma, é: é possível que as palavras limitem a decisão ou os fatores de decisão a serem considerados pelo intérprete? Num primeiro momento, conforme salienta Schauer, a resposta parece ser negativa³¹⁶.

Parece ser correto, com efeito, afirmar que a linguagem não pode restringir escolhas, porque se trata de algo artificial e contingente, que varia de acordo com o contexto no qual está inserida: o que era considerado filho pelo ordenamento jurídico brasileiro há 50 anos não

312 Norberto Bobbio. “*Scienza del Diritto e Analisi del Linguaggio*”. pp. 289-300.

313 Norberto Bobbio. “*Scienza del Diritto e Analisi del Linguaggio*” p. 289.

314 Humberto Ávila. “*Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo*”, p. 201.

315 Riccardo Guastini. *Interpretare e Argomentare*, p. 426; Pierluigi Chiassoni. *Tecnica dell'Interpretazione Giuridica*, p. 145.

316 Frederick Schauer. “*Formalism*”. In: *The Yale Law Journal*, v. 97, 1988, p. 524.

é o mesmo que é considerado hoje. Isso é verdade, mas não é suficiente para confirmar a tese. Para Schauer, essa visão confunde a mobilidade a longo prazo da linguagem com a sua plasticidade de curto prazo; na analogia do jurista, seria o mesmo que, observando o lento e ponderado progresso das geleiras, dizer que essas se moveriam se tentássemos empurrá-las³¹⁷. Ou seja, embora contingente e artificial, não se pode ignorar que no médio e curto prazo a linguagem é, na verdade, não contingente.

De outro lado, a existência de um sentido mínimo de significado da linguagem é provada pela possibilidade de comunicação, pela existência de um uso comunitário e convencional³¹⁸. A possibilidade de comunicação sem referência direta aos objetos dos quais se fala comprova que os signos possuem um sentido mínimo no uso comunitário da linguagem³¹⁹. Seria, com efeito, extremamente perturbador e, até mesmo, um impossibilitante da comunicação se, a cada vez que numa narrativa ou numa conversa alguém fosse se referir a um carro, tivesse que sair à rua e apontar ao objeto representado pela palavra “carro”³²⁰. Logo se vê, dessa forma, que as palavras, de fato, possuem limites mínimos de significação que são, inclusive, independentes da vontade do seu emissor e que não podem ser ultrapassados³²¹. Schauer exemplifica, insistindo que, quando conchas do mar aleatoriamente se unem formando um signo na forma das letras C-A-T, qualquer falante da língua inglesa (alfabetizado, obviamente) pensará, imediatamente, na figura de um gato, embora nenhuma vontade ou intenção aí tenha havido³²². De igual forma, exemplifica o mesmo autor, quando se diz que pelicanos são pássaros e alguém discorda, ou quando uma pessoa aponta para um pelicano vivo, respirando e voando e diz “aquilo não é um pássaro”, essa pessoa simplesmente não sabe o que a palavra “pássaro” significa³²³. Nesse sentido, o fundamental é compreender que há sempre alguma coisa que é dividida por todos os interlocutores que permite a um falante de determinada língua ser compreendido por outro mesmo em circunstâncias não tenham nada em comum a não ser a linguagem.

Do ponto de vista da interpretação, portanto, conforme ensina Riccardo Guastini, a tese antiformalista radical não pode ser aceita uma vez que interpretar não significa atribuir

317 Frederick Schauer. “Formalism”, p. 524.

318 “As linguagens consubstanciam sistema de *símbolos convencionais*” (*Por Que Tenho Medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*). São Paulo: Malheiros, 2013).

319 Ernildo Stein. “Não podemos dizer a mesma coisa com outras palavras”. In: *Miguel Reale: estudos em homenagem aos seus 90 anos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, pp. 490-491.

320 Ernildo Stein. “Não podemos dizer a mesma coisa com outras palavras”, pp. 491.

321 Frederick Schauer. “Formalism”, p. 527.

322 Frederick Schauer. “Formalism”, p. 527.

323 Frederick Schauer. “Formalism”, p. 512.

qualquer significado, mas atribuir um significado admitido pelo uso linguístico, pelos métodos interpretativos em uso e pela dogmática existente³²⁴. As palavras possuem núcleos de sentido construídos pelo uso linguístico na comunidade do discurso que permitem, ainda que indeterminadas (como, p. ex., “provisória” ou “ampla”), apontar em quais situações certamente não se aplicam³²⁵. Na exemplificação de Humberto Ávila, “*compreender 'provisória' como permanente, 'trinta dias' como mais de trinta dias, 'todos os recursos' como alguns recursos, 'ampla defesa' como restrita defesa*” é desprezar os seus sentidos mínimos, o que é incompatível com a possibilidade de interpretação jurídica³²⁶.

Por outro lado, a tese antiformalista radical também não pode ser aceita, uma vez que a forma no direito é uma coisa importante. O formalismo é uma característica central do que distingue o direito³²⁷. Afinal, “*the rule of law is about form*”³²⁸. O antiformalismo exacerbado, com isso, descaracteriza essa importante marca do direito, que contém um certo grau de autoridade e formalismo. A ausência dessa importante marca do direito leva a uma crise de segurança jurídica, pois conduz a um sistema de pura arbitrariedade. Um sistema que não se baseia, de algum modo, numa perspectiva de formalismo, parece não ser possível: “*But a purely substantive reason cannot (as we have already explained) exist in law. If it is truly incorporated in the law, it must have at least the formal attributes of authoritative and mandatory formality to some degree. And although the substantive side may be overwhelming predominant, a legal reason can never be drawn exclusively from substantive considerations*”³²⁹.

Em adição a isso, as reações antiformalistas mais radicais também não podem ser consideradas adequadas, quando se propõem a atacar o caráter lógico do pensamento jurídico. Como se verá, é certo que o raciocínio jurídico não se resume à lógica formal, mas essa assume um papel importante na justificação da decisão judicial, não podendo, por isso, ser completamente abandonada. Com Atiyah e Summers, pode-se dizer que essa é uma crítica a ser feita aos movimentos que atacaram o uso da lógica formal, pois ignoraram a possibilidade de seu uso adequado, como fizeram, por exemplo, os realistas: “*Perhaps because of their*

324 Riccardo Guastini. *Interpretare e Argomentare*, p. 426.

325 Humberto Ávila. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 36.

326 Humberto Ávila. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 37.

327 Frederick Schauer. *Thinking Like a Lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 31.

328 Antonin Scalia. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 25.

329 P. S. Atiyah; Robert Summers. *Form and Substance in Anglo-American Law: a comparative study of legal reasoning, legal theory and legal institutions*, p. 19.

*hostility to formal reasoning, these theorists failed to note the important distinction between the appropriate use of formal reasoning, on the one hand, and formalistic reasoning of formalism, on the other*³³⁰.

Wasserstrom também critica as teorias que refutam qualquer caráter lógico envolvido na decisão judicial. Refere o jurista do *common law* que essas teorias caem na falácia irracionalista de, a partir do correto reconhecimento das limitações da lógica formal (p. ex., o silogismo não fornece nem avalia o conteúdo das proposições³³¹), inferir inadequadamente que todas as questões que não podem ser resolvidas por meio da lógica formal não possam ser resolvidas de um modo que pode ser chamado de razoável ou lógico³³². Por meio da distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação da decisão³³³, Wasserstrom sustenta que os aspectos lógicos mostram-se importantes instrumentos no momento da justificação da decisão³³⁴. A esse respeito, Taruffo refere que, na verdade, o aspecto lógico da decisão judicial é fundamental para assegurar exatamente o seu caráter de justificação. O esquema lógico aparece na justificação ao lado do elemento volitivo³³⁵, e tem seu campo de aplicação na aferição dos nexos entre proposições e enunciados³³⁶, constituindo-se em articulações que resultam de inferências e que são justamente orientadas a permitir uma função justificadora³³⁷. O significado próprio da motivação, sustenta Taruffo, não pode ser compreendido se não é levada em conta a sua estrutura lógico-justificativa, que constitui o próprio ponto de referência para estabelecer se a motivação é ou não idônea para desempenhar a função de justificação da decisão³³⁸. É exatamente na sua estrutura lógica que se baseia a articulação do

330 P. S. Atiyah; Robert Summers. *Form and Substance in Anglo-American Law: a comparative study of legal reasoning, legal theory and legal institutions*, p. 251.

331 Richard A. Wasserstrom. *The Judicial Decision: toward a theory of legal justification*. Stanford: Stanford University Press, 1961, p. 23; “Do fato de ser válida a argumentação decorre que, se as premissas forem verdadeiras, a conclusão deverá ser verdadeira; mas a própria lógica não tem como determinar ou garantir a veracidade das premissas” (Neil MacCormick. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*, p. 30).

332 “The mistake, here termed the *irrationalist fallacy*, consists in this: The question of whether an argument is formally valid is confused with the question of whether there can be good reasons for believing a proposition to be true or false. It is recognized quite correctly that the canons of formal logic have decidedly limited applicability. It is inferred quite incorrectly from this that all the questions which cannot be settled by appealing to formal logic cannot be settled in any manner which could be called 'reasonable' or 'logical'” (Richard A. Wasserstrom. *The Judicial Decision: toward a theory of legal justification*. pp. 23-24).

333 Richard A. Wasserstrom. *The Judicial Decision: toward a theory of legal justification*, p. 27.

334 Richard A. Wasserstrom. *The Judicial Decision: toward a theory of legal justification*, p. 31.

335 José Rogério Cruz e Tucci. *A Motivação da Sentença no Processo Civil*, p. 9.

336 Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 59.

337 Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 112.

338 Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 112.

raciocínio que tem por conclusão a decisão judicial final³³⁹. Isto é, independentemente da maneira como se chegou à decisão, a justificação precisa ser lógica e congruente³⁴⁰, isso é indispensável para que a decisão seja compreensível e para que se cheque a sua racionalidade interna³⁴¹.

3.3. A Interpretação Judicial no Estado Constitucional

Ultrapassado o balanço crítico a respeito das prós e contras da adoção das teses formalista e antiformalista, cumpre-nos, agora, buscar traçar qual o mais adequado papel do intérprete judicial na aplicação do direito. E a resposta, logo se pode ver, haverá de estar no meio termo. Com efeito, conforme apenas visto, não é possível admitir um total antiformalismo, como se não houvesse nenhum significado antes da interpretação. Tampouco se poderia admitir um formalismo interpretativo radical, como se não existissem os problemas envolvendo a linguagem na qual o direito é vertido.

A interpretação jurídica é atividade extremamente complexa. Certamente não pretendemos descreve-la aqui com tom de completude ou definitividade. Parece-nos possível, no entanto, traçar, na esteira do que identificou a doutrina, alguns de seus aspectos fundamentais. Para tanto, com o auxílio do rescaldo do até aqui já foi examinado, veremos que, para fixar as principais balizas da interpretação jurídica atualmente, importa-nos avaliar o que a passagem para o quadro do Estado Constitucional representou em termos de mudança na teoria das normas e na técnica legislativa. Conseqüentemente, na forma como vemos a atividade do intérprete e o raciocínio judicial. O reflexo disso tudo é a mudança de perspectiva do papel da justificação da decisão judicial no atual processo civil.

3.3.1. Mudança na Teoria das Normas e na Técnica Legislativa

Conforme destaca Daniel Mitidiero³⁴², a passagem do Estado Legislativo ao Estado Constitucional experimentou uma mudança no que diz respeito à teoria das normas. No

339 Pierluigi Chiassoni. *Tecnica dell'Interpretazione Giuridica*, p. 12.

340 José Rogério Cruz e Tucci. *A Motivação da Sentença no Processo Civil*, p. 21.

341 Jerzy Wróblewski. *The Judicial Application of Law*, p. 231; Pierluigi Chiassoni. *Tecnica dell'Interpretazione Giuridica*, p. 14.

342 Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. pp. 13-14.

âmbito do Estado Legislativo, a teoria da metodologia tradicional fazia a distinção entre normas e princípios³⁴³. As verdadeiras normas eram apenas as regras, ao passo que os princípios eram compreendidos, apenas, como fundamentos para normas, mas não como normas³⁴⁴. Essa forma de encarar as estruturas normativas era próprio de um sistema legalista e fechado, típica expressão do formalismo interpretativo, em que a produção legislativa seria exaustiva e completa, abarcando, mediante regras de conduta, todas as situações da vida³⁴⁵. A teoria das normas mais avançada, contudo, trabalha com outros tipos normativos que não só as regras. Adotamos, neste trabalho, a proposta de Humberto Ávila, que identifica três tipos normativos: as regras, os princípios e os postulados³⁴⁶.

Segundo Humberto Ávila, as regras são “*normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos*”³⁴⁷. Princípios, por seu turno, são conceituados como “*normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação*

343 J.J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7a ed. Coimbra: Almedina, p. 1.160.

344 Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. pp. 13. Miguel Reale dá um bom exemplo de como essa concepção foi arraigada na cultura jurídica mesmo em tempos mais recentes. Ao tratar dos “Princípios Gerais do Direito”, no seu clássico *Lições Preliminares de Direito*, abordando a matéria dos princípios primeiramente numa perspectiva geral, Reale conceitua-os como “verdades fundantes de um sistema de conhecimento” (p. 299). A seguir, embora reconheça normatividade aos princípios jurídicos (afirma que “os princípios gerais do direito são enunciações normativas de valor genérico” - p. 300, e que “não são preceitos de ordem moral ou econômica, mas sim esquemas que se inserem na experiência jurídica, convertendo-se, desse modo, em elementos componentes do Direito” - p. 302), qualifica-os como “elementos condicionadores ou fundantes da experiência jurídica”, sendo “os alicerces e as vigas mestras do edifício jurídico”, e possuindo uma “função integradora” (pp. 300-311). Ademais, ao trabalhar os tipos normativos, Reale refere-se a normas de organização e normas de conduta (Miguel Reale. *Lições Preliminares de Direito*. 22a ed., São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 96 e ss.), que são as mesmas categorias identificadas por Humberto Ávila apenas no tipo normativo regra, mas por este último chamadas de regras constitutivas e regras comportamentais (*Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 88). Logo se vê, portanto, que mesmo mais recentemente, embora reconhecendo valor normativo, não havia uma clara classificação dos princípios na tipologia normativa.

345 “Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – *legalismo* – do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas” (J.J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.162).

346 Humberto Ávila. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. Os nomes dados aos tipos normativos podem variar. Por exemplo, Canotilho chama, o que aqui identificamos como postulados, de princípios hermenêuticos (J.J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 1.161). Outra poderia, ademais, ser a linha adotada a respeito da teoria das normas. Veja-se, por exemplo, que Eros Roberto Grau entende que “*regra é gênero do qual são espécies os princípios explícitos e implícitos e as regras estrito senso*” (*Por Que Tenho Medo dos Juizes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*, p. 104).

347 Humberto Ávila. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 85.

se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”³⁴⁸. Já os postulados são “*normas imediatamente metódicas, que estruturam a interpretação e aplicação de princípios e regras mediante a exigência, mais ou menos específica, de relações entre elementos com base em critérios*”³⁴⁹.

No âmbito da técnica legislativa, observou-se um aumento da utilização da técnica casuística para uma forma legislativa em que se misturam a técnica casuística e a técnica aberta, estando essas modificações da linguagem legislativa no vértice desse complexo processo de mudança da cultura jurídica³⁵⁰. A técnica aberta busca a formulação de textos legislativos “*mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente imprecisos e abertos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados. Em outros casos, verifica-se a ocorrência de normas cujo enunciado, ao invés de traçar pontualmente a hipótese e suas consequências, é intencionalmente desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela abrangência de sua formulação, a incorporação de valores, princípios, diretrizes e máximas de condutas originalmente estrangeiros ao corpus codificado, bem como a constante formulação de novas normas: são as chamadas cláusulas gerais*”³⁵¹. Isto é: cláusulas gerais são os dispositivos nos quais há um termo indeterminado na hipótese fática, não havendo consequência legalmente prevista, por exemplo, o art. 5º, XXIII, da CF, determina que “a propriedade atenderá a sua função social”. Não há definição do que é função social, nem uma consequência prevista de antemão para o não atendimento da função social. Os conceitos jurídicos indeterminados são os dispositivos nos quais há uma indeterminação na hipótese fática, mas há previsão de uma consequência jurídica. Por exemplo, o art. 51, IV, do CDC, estabelece que “são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que (...) sejam incompatíveis com a boa-fé”. Não há definição do que seja uma cláusula incompatível com a boa-fé, mas, quando o for, a cominação jurídica é de nulidade³⁵².

348 Humberto Ávila. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 85.

349 Humberto Ávila. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 204.

350 Judith Martins-Costa. *A Boa-Fé no Direito Privado*, p. 285. Para um panorama da ideologia da sociedade, da unidade legislativa e da interpretação antes da mudança de técnica, ver pp. 273-286.

351 Judith Martins-Costa. *A Boa-Fé no Direito Privado*, p. 286.

352 Eros Roberto Grau combate a expressão “conceito jurídico indeterminado”. Para Grau, trata-se de uma contradição em termos, pois, “o mínimo que se exige de um conceito é que seja determinado”, ou seja, se não for determinado, não é um conceito. Grau prefere a referência a expressões (termos) indeterminados (*Por Que Tenho Medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*, p. 157). Parece-nos que a crítica procede. Adota-se, aqui, no entanto, o termo “conceito jurídico indeterminado” por ter consolidado

O mais importante é compreender que a mudança na técnica legislativa e o aprimoramento da teoria das normas podem provocar, gratuitamente ou mesmo intencionalmente, o aumento da já natural vagueza das normas por meio da instituição de princípios ou de dispositivos contendo termos indeterminados³⁵³. A instituição de princípios vai demandar a análise de correção entre meio e fim, da interpretação de causas, efeitos e finalidades, e os termos indeterminados, a interpretação de normas vagas, o que demonstra que a atividade do intérprete não pode ser meramente descritiva de um significado único incorporado pelo texto.

3.3.2. A Atividade do Intérprete

Qual será, então, a atividade do intérprete no Estado Constitucional? Se tudo o que foi dito até agora é verdade, então, ao contrário da proposta cognitivista, a atividade do intérprete não é a de meramente observar e descrever fenômenos³⁵⁴. Esse foi o projeto moderno que tentou aprisionar o direito e o intérprete no modelo das ciências naturais³⁵⁵. Com efeito, a conclusão a que se pode chegar é que *“a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que constitui a significação e os sentidos de um texto”*³⁵⁶.

Mas, por outro lado, também a atividade do juiz não é uma atividade totalmente criativa, que parta do zero em termos de criação de significado, como propõe a tese cética mais radical. Nesse sentido, *“a constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação”*³⁵⁷. Por conseguinte, *“pode-se afirmar que o intérprete não só constrói, mas reconstrói sentido, tendo em vista a existência de significado incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso”*³⁵⁸.

Pensamos, dessa forma, que a teoria da interpretação mais adequada à atividade do

maior difusão.

353 Humberto Ávila. “Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo”, p. 191; Judith Martins-Costa. *A Boa-Fé no Direito Privado*, p. 286.

354 Norberto Bobbio. “Scienza del Diritto e Analisi del Linguaggio”, pp. 303-304.

355 Cláudio Fortunato Michelon Jr. *Aceitação e Objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito*, pp. 39-61.

356 Humberto Ávila. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 34.

357 Humberto Ávila. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 35.

358 Humberto Ávila. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 36.

intérprete é a teoria cética moderada³⁵⁹. De acordo com essa posição, o ato de interpretar mescla atividades de conhecimento e de vontade, abrangendo a escolha de um significado dentre os vários admitidos pelo texto³⁶⁰.

Dessa forma, a tarefa de descrição na atividade interpretativa, embora existente, não é direta e nem a primordial. Conforme refere Humberto Ávila, mediando essa atividade existem sempre processos discursivos e teorias que demandam escolhas³⁶¹. Segundo o jurista, há nessa interação teorias que são *preparatórias* à interpretação (determinar qual a fonte e dispositivo normativo a ser interpretado); fatores que *condicionam* a interpretação (a qualificação de uma norma como regra ou princípio); fatores que *influem* na interpretação (estrutura e contexto linguístico específico); e argumentos que *participam da justificação* da interpretação (argumento linguístico, finalístico, sistemático, genético, histórico e consequencialista)³⁶². Poderíamos acrescentar a essa lista, a nosso ver, elementos concernentes ao modo de aplicação da norma (os postulados). O que importa, de toda forma, é compreender que, embora haja uma atividade cognitiva, essa não é a tarefa primária e a interpretação judicial demandará sempre a existência de escolhas. Toda e qualquer interpretação envolve escolhas³⁶³.

Se a tarefa interpretativa sempre envolve escolhas (dos processos discursivos que a intermedeiam) logo se vê que o modelo de ciência criado pela modernidade e ao qual se tentou inserir o direito, qual o mito do leito de Procusto, não serve ao direito, pois aquele projeto foi elaborado para as ciências naturais, que têm por objeto uma entidade física. O discurso do direito, no entanto, não tem por objeto uma entidade física, mas uma entidade discursiva³⁶⁴. Nas palavras de Bobbio, “*la giurisprudenza nella sua parte essenziale à un'analisi del linguaggio, più precisamente di quel particolare linguaggio in cui attraverso le proposizioni normative si esprime il legislatore*”³⁶⁵. Ao debruçar-se sobre os enunciados

359 Essa é a teoria adotada por Riccardo Guastini (*Interpretare e Argomentare*, p. 413), Pierluigi Chiassoni (*Tecnica dell'Interpretazione Giuridica*, p. 147) e Humberto Ávila (“Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo”, pp. 181-204).

360 Humberto Ávila. “Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo”, p. 185.

361 Humberto Ávila. “Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo”, pp. 197-198.

362 Humberto Ávila. “Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo”, pp. 197-198.

363 Humberto Ávila. “Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo”, p. 198.

364 Humberto Ávila. “Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo”, p. 201.

365 Norberto Bobbio. “Scienza del Diritto e Analisi del Linguaggio”, p. 306.

normativos e reconstruir a norma, o intérprete do direito constrói a sua própria ciência: “*Ma allora, stando così le cose, se l'analisi del linguaggio giuridico e l'interpretazione giuridica sono tutt'uno, e se l'analisi del linguaggio è l'operazione propriamente scientifica del giurista, si dovrà concludere che il giurista, proprio in quanto giurista nel senso tradizionale della parola, cioè in quanto interprete della legge, costruisce la scienza del diritto*”³⁶⁶.

3.3.3. Texto e Norma

Embora a estas alturas se compreenda que pareça bastante claro, vale referir, ainda que rapidamente que, se a atividade do intérprete não é meramente descritiva, mas importa escolhas, então é manifesto que, no quadro do Estado Constitucional, há uma diferença, não verificada no âmbito do Estado Legislativo, entre o texto que carrega o enunciado normativo e a norma. Percebe-se que “*o legislador outorga textos, não normas. As normas são fruto de uma outorga de sentido aos textos pelos seus destinatários*”³⁶⁷. O processo de interpretação é a atividade por meio da qual se transformam os enunciados em normas, e a norma, por conseguinte, é considerada o resultado da tarefa interpretativa³⁶⁸.

3.3.4. A Justificação da Decisão Judicial como Núcleo da Atividade Jurisdicional no Estado Constitucional

A constatação de que o processo interpretativo é produtor de normas e de que envolve um comportamento que, em importante medida, representa uma atividade decisória, sendo todo o seu percurso permeado por escolhas feitas pelo intérprete, não significa dizer que a interpretação não encontra limites, nem que não possa ser um processo racional, aceitável e controlável, que permita um controle intersubjetivo da racionalidade da atividade interpretativa³⁶⁹. As decisões que são tomadas no curso do processo interpretativo são limitadas pelos significados mínimos admitidos pelos usos linguísticos, pelos métodos de

366 Norberto Bobbio. “*Scienza del Diritto e Analisi del Linguaggio*”, p. 306.

367 Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 15.

368 Eros Roberto Grau. *Por Que Tenho Medo dos Juizes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*, p. 38.

369 Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 59.

interpretação geralmente aceitos, pelas teorias dogmáticas, pelos precedentes etc³⁷⁰. Isso significa que a tarefa interpretativa não se contenta com a mera atribuição de qualquer significado ao texto normativo, como se não importasse qual seja, mas requer a atribuição de um significado que seja justificado³⁷¹.

A ideia de justificação dos atos do poder não é nova. Taruffo demonstra que foi a necessidade de um afastamento das práticas do *ancien régime* que determinou a adoção de um dever de motivação das decisões judiciais no ambiente revolucionário francês, como garantia contra a arbitrariedade, dado que a ausência de motivação era o trâmite essencial para o exercício arbitrário do poder³⁷². Com efeito, é ínsita à ideia de Estado de Direito a percepção de que não é tolerável o uso arbitrário do poder e, conseqüentemente, de que todo ato de poder deve ser justificado, conforme refere MacCormick: “*In this context, the demand for rational justifiability of governmental action is an urgent one if government is not to be the mere mask of tyranny*”³⁷³.

Com efeito, no atual estágio de desenvolvimento jurídico, a atividade jurisdicional só pode ser pensada em termos de um Estado no qual os atos do poder são justificados. O Estado Constitucional é um “*Estado que se justifica*” (*rechtsfertigender Staat*)³⁷⁴, uma vez que decisões arbitrárias não são aceitas, mas apenas aquelas racionalmente justificadas: “*In accordance with the generally accepted ideology of law based on Western democracy, not*

370 Humberto Ávila. “Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo”, p. 195. No mesmo sentido: “(...) a compreensão do Direito como uma prática argumentativa e a aceitação de que a norma não envolve apenas um sentido, mas sentidos normativos – como será adiante retornado –, tudo isso não impede a persecução dos ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade. Isso porque, de um lado, o caráter argumentativo do Direito é limitado por postulados hermenêuticos e aplicativos que diminuem, sobretudo, o âmbito decisional, como é o caso dos postulados (ou metanormas de aplicação) da proporcionalidade e da razoabilidade; e, de outro, porque o espectro em que se situam as conseqüências normativas alternativas é limitado por meio da prática doutrinária e jurisprudencial, que, paulatinamente, vai qualificando algumas opções de sentido como sendo as mais corretas ou as mais fortemente suportadas pelo ordenamento constitucional” (Humberto Ávila. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 171).

371 Luiz Guilherme Marinoni. *O STJ Enquanto Corte de Precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 99-100.

372 Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 326; “Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione”. In: *Partecipazione e Processo*. Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco; Kazuo Watanabe (orgs.). São Paulo: Revista dos Tribunais 1988, p. 38.

373 Neil MacCormick. *Rhetoric and The Rule of Law*, p. 24.

374 A expressão “*rechtsfertigender Staat*” é de Brüggemann (*Die richterliche Begründungspflicht*) e é reproduzida por Nicolò Trocker (*Processo Civile e Costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 462), Michele Taruffo (*La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 358) e Barbosa Moreira (“A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito”. In: *Temas de Direito Processual - Segunda Série*. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 89), embora referindo-se os citados autores à fórmula do Estado de Direito.

*every use of legal power is acceptable. We assume that de decision-maker does not reach decisions on impulse, at random or so that the pattern of decisions falters in unexpected ways. The decision maker is expected to adhere as far as possible to legal certainty*³⁷⁵. A responsabilidades dos juízes, conforme anota Aarnio, é de cada vez mais a de justificar suas decisões, pois as pessoas não se contentam com o uso autoritário do poder, mas, ao contrário, exigem razões³⁷⁶. É a justificação da decisão judicial tomada, portanto, num ambiente de transparência e de justificação racional dos atos de poder, que legitima a a intervenção estatal no âmbito da esfera jurídica dos cidadãos.

No quadro do Estado Constitucional há, no entanto, uma virada substancial no plano teórico da compreensão da justificação da decisão judicial que, por sua vez, impacta, no plano do processo, diretamente na motivação. Essa virada está na concepção do direito como uma prática lógico-argumentativa, o que implica a adoção, no que concerne à teoria da interpretação, da teoria cética moderada e o abandono de uma teoria formalista. Para uma teoria formalista, como será na Parte II aprofundado, a fundamentação identifica o raciocínio judicial no silogismo dedutivo³⁷⁷, tomando-se como prontas e previamente dadas as premissas de fato e de direito e ignorando que no processo de interpretação e de aplicação do direito o intérprete deve sempre fazer escolhas. Quando se admite, ao contrário, que o direito possui um carácter lógico-argumentativo no qual o caminho traçado pelo intérprete é permeado de escolhas, surge um ainda mais elevado grau de necessidade de justificação da decisão judicial. A justificação da decisão judicial passa a ser o modo de demonstrar a racionalidade da decisão e ao mesmo tempo atua como controle daquela racionalidade³⁷⁸, já que serve a justificar em quais premissas baseou-se a decisão e por quê tais premissas foram aceitas³⁷⁹. Atua diante da

375 “In accordance with the generally accepted ideology of law based on Western democracy, not every use of legal power is acceptable. We assume that de decision-maker does not reach decisions on impulse, at random or so that the pattern of decisions falters in unexpected ways. The decision maker is expected to adhere as far as possible to legal certainty” (Aulis Aarnio. *The Rational as Resonable – A Treatise on Legal Justification*, p. 3).

376 “As we mentioned before, the decision maker cannot trust anymore a mere formal authority. In a modern society people do not ask only for authoritative decisions but they ask for reasons. This also applies to the administration of justice. The responsibility of the judge has become more and more the responsibility for justifying decisions. (...) The responsibility for giving justification in this sense is specifically a responsibility to maximize the public control of the decision” (Aulis Aarnio. *The Rational as Resonable – A Treatise on Legal Justification*, p. 6).

377 Na perspectiva da teoria silogística do raciocínio decisório, adotada por uma visão formalista do direito, o raciocínio decisório é ou deve ser um raciocínio silogístico e como tal deve ser fielmente reproduzido na sentença (Pierluigi Chiassoni. *La Giurisprudenza Civile: metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milano: Giuffrè, 1999, pp. 153-155).

378 Jerzy Wróblewski. *The Judicial Application of Law*, p. 209.

379 Jerzy Wróblewski. *The Judicial Application of Law*, p. 240.

necessidade de justificar decisões que não são nem evidentes nem arbitrárias³⁸⁰. Por essa razão, exige-se no Estado Constitucional que os atos judiciais sejam na máxima medida justificados³⁸¹. “*O discurso justificativo*”, afirma Daniel Mitidiero, “*torna-se o verdadeiro elemento de diferenciação e legitimação das decisões judiciais e, no fundo, da própria jurisdição diante da legislação*”³⁸². Para Aulis Aarnio, a justificação assume o papel principal (*the key role*), fundamental para o adequado funcionamento da sociedade³⁸³.

O traço distintivo da justificação como núcleo da atividade jurisdicional está em, ao invés de negarmos a existência de escolhas no processo de interpretação, imaginando que encontramos na lei o ideal de segurança jurídica como uma “*uma pré-determinação do normativo jurídico que possibilite seu conhecimento certus*”³⁸⁴, como imagina o formalismo interpretativo, claramente fechando os olhos para a existência do problema, admitirmos que a interpretação envolve a tomada de um caminho decisório. Dessa forma, compreenderemos que só haverá um maior grau de segurança jurídica, de igualdade e de imparcialidade na aplicação do direito, se percebermos que esses ideais deverão ser buscados, conforme refere Humberto Ávila, no estabelecimento de um mais elevado grau de determinação com relação às estruturas argumentativas por meio da qual o conteúdo das normas jurídicas é reconstruído³⁸⁵. A segurança jurídica vai nesse sentido compreendida, portanto, como “*controle racional de arbitrariedade argumentativa*”³⁸⁶. Admitindo-se a existência de escolhas, a justificação da decisão judicial passa a ter uma função central da atividade judicativa.

A tarefa, por conseguinte, não é supor uma predeterminação normativa estática e acabada antes da interpretação, mas, ao contrário, reconhecer a predeterminação de sentidos mínimos possíveis e de estruturas argumentativas definidas. Ou seja, antes de supormos que a predeterminação seja buscada no objeto, a norma, que hoje se sabe ser o resultado do

380 Jerzy Wróblewski. “*Sentido*” y “*Hecho*” en el Derecho, p. 35.

381 “O modelo do Estado Constitucional contemporâneo exige que todo ato de aplicação judicial do direito atenda, na máxima medida possível, à pretensão de justificabilidade racional” (Thomas da Rosa Bustamante. *Teoria do Precedente Judicial*, p. 256).

382 Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 60.

383 “As to the research strategy, this means that the justification of interpretation has the key role. Justification, furthermore, is necessary for the sound functioning of society” (Aulis Aarnio. *The Rational as Reasonable*, p. 229).

384 Castanheira Neves. *O Instituto dos “Assentos” e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, p. 37.

385 Humberto Ávila. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*, p. 169.

386 Humberto Ávila. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*, p. 169.

processo de interpretação, essa deverá ser perseguida, ao contrário, no *processo* que determina o sentido da norma: “*La certezza del diritto-attività va associata piuttosto alla predeterminazione normativa della procedura che conduce alla decisione, alla fissazione anticipata in generale dei passaggi argomentativi e dei criteri regolativi del percorso che conduce alle decisioni*”³⁸⁷.

Nessa perspectiva, a segurança jurídica equivale à possibilidade de conhecimento *ex ante* não da norma em si (interpretação resultado), mas da forma como se desenvolve o processo de interpretação e aplicação do direito (interpretação atividade): “*La certezza del diritto equivale alla possibilità di conoscere anticipatamente le forme e le garanzie con cui si svolgono le procedure applicative, al fatto che i processi decisionali siano in linea di massima predefiniti e chi essi non dipendano dalle valutazioni fatte di volta in volta dall'interprete. Nella visione non oggettualistica, dunque, l'enfasi è posta sul processo piuttosto che sul risultato. In altre parole, la certezza è la garanzia che il passaggio dalle regole generali, i cui significati sono fissati attraverso l'interpretazione e quindi sono a questa successivi, alla sentenza particolare, il cui contenuto non è prevedibile con esattezza, abbia luogo attraverso un procedimento in cui caratteri fondamentali sono prestabiliti e sono conoscibili prima dell'applicazione concreta*”³⁸⁸.

Dessa forma, se é verdade que a atividade de interpretação demanda um inevitável caminho a ser percorrido permeado por escolhas de direção, demonstrando-se que o problema da segurança do direito é um problema argumentativo que se resolve por meio da predeterminação procedimental baseada em procedimentos racionais³⁸⁹, verifica-se a vital importância da justificação da decisão judicial, que é a sede material das individualizações, valorações e escolhas de possíveis significados dos enunciados jurídicos e das proposições fáticas³⁹⁰. Isto é: numa concepção argumentativa do direito, “*o Direito é reconhecido como uma atividade, dependente do processo de interpretação e de aplicação*”³⁹¹.

Uma vez que a interpretação é um processo que conta com uma linha lógica e uma linha argumentativa, a justificação só será racionalmente justificada se o for do ponto de vista

387 Stefano Berteza. *Certeza del Diritto e Argomentazione Giuridica*, p. 295.

388 Stefano Berteza. *Certeza del Diritto e Argomentazione Giuridica*, p. 295.

389 Humberto Ávila. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*, p. 170.

390 Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 60.

391 Humberto Ávila. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*, p. 169.

lógico-dedutivo (justificação interna) e do ponto de vista da adequação de suas premissas normativas e de de fato (justificação externa)³⁹². A justificação interna estabelece que uma decisão judicial é racionalmente justificada se, e somente se, segue logicamente das premissas – entre as quais pelo menos uma premissa normativa e uma premissa qualificatória – explicitadas na sentença, ou nela pacificamente implícita³⁹³. A justificação interna, como se vê, trata do nexó lógico entre premissas e conclusão, que confere consistência interna à decisão³⁹⁴, mas que nada diz com relação à adequação das premissas e às escolhas argumentativas que são efetuadas no curso interpretativo, essas relacionadas à linha argumentativa. Esse é o objetivo da justificação externa³⁹⁵. A justificação externa, por isso, surge para estabelecer que uma decisão judicial é racionalmente justificada se, e somente se, cada uma das premissas normativas e não normativas (fáticas, qualificatórias) das quais a decisão é deduzida é, por seu turno, racional ou racionalmente justificada³⁹⁶. A justificação externa, portanto, diz respeito à fundamentação das premissas usadas na justificação interna³⁹⁷.

Conforme refere Chiassoni, a justificação interna e a justificação externa servem como critério de racionalidade da decisão judicial. A justificação interna corresponde a uma condição de racionalidade formal, diz respeito ao primeiro de dois princípios associados à

392 Essa proposta é de Jerzy Wroblewski. *The Judicial Application of Law*, pp. 209-214; “Sentido” y “Hecho” en el Derecho, pp. 39-41. É endossada por outros autores, tais como Robert Alexy. *Teoria da Argumentação Jurídica*, pp. 219-278; Aulis Aarnio. *The Rational as Reasonable*, p. 119; Perliuigi Chiassoni. *Tecnica dell'Interpretazione Giuridica*, pp. 13-14; *La Giurisprudenza Civile*, p. 157; Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 60.

393 A conceituação de justificação interna adotada é de Chiassoni: “La prima condizione – condizione di giustificazione logico-deduttiva, inferenziale, o, come si suole anche dire, *interna* – stabilisce che una decisione giudiziale è razionalmente giustificata se, ma solo se, segue logicamente – è deducibile – dalle premesse (tra cui almeno una premissa normativa e una premissa qualificatoria) esplicitate nella sentenza, o in essa pacificamente implicite, potendosi ritenere che la formulazione ne sia stata omessa per esigenze di economia redazionale. Si tratta, dunque, di una condizione di *razionalità formale*, che rispetta il primo dei due principi solitamente associati all'idea occidentale di ragione (razionalità, discorso razionale): il principio di non contraddizione” (*Tecnica dell'Interpretazione Giuridica*, p. 14).

394 É nesse sentido que António Cortês refere que “a argumentação tem uma dimensão lógica”. Diz o autor português: “A argumentação tem uma dimensão lógica. Ela deve, dentro do possível, ser logicamente consistente (a palavra 'lógica' vem do grego *logos* e não deverá perder essa carga etimológica). Para ser realmente persuasivo, o discurso deverá ser – na medida do possível – 'logicamente' encadeado. As conclusões finais devem sempre apoiar-se em premissas mais garantidas na sua correção do que elas próprias” (“Fundamentos e limites da argumentação jurídica: uma reflexão sobre o direito e a justiça”, p. 398).

395 Robert Alexy. *Teoria da Argumentação Jurídica*, p. 223.

396 O conceito é igualmente elaborado por Chiassoni: “La seconda e la terza condizione – condizioni di giustificazione *esterna*, nelle varianti normativa e probatoria – stabiliscono, invece, che una decisione giudiziale è razionalmente giustificata se, e solo se, *ciascuna* delle premesse (normative e non-normative: fattuali, interpretative, qualificatorie), dalle quali si deduce la decisione in quanto statuizione individuale, è, a sua volta, *razionale* o *razionalmente giustificata*” (*Tecnica dell'Interpretazione Giuridica*, p. 14).

397 Robert Alexy. *Teoria da Argumentação Jurídica*, p. 228.

ideia ocidental de razão, que é o princípio da não contradição³⁹⁸. A justificação externa, por seu turno, é voltada a assegurar a racionalidade substancial da decisão judicial, a qual respeita, em última instância, ao segundo dos dois princípios ocidentais associados à ideia de razão, que é o princípio de razão suficiente (*nihil sone ratione*), conforme afirma Chiassoni³⁹⁹. António Cortês inclina-se pelo mesmo rumo, referindo que “*a consistência lógica da argumentação implica que cada interlocutor no processo argumentativo respeito os dois mais fundamentais princípios lógicos (o princípio da não contradição e o princípio da razão suficiente)*”⁴⁰⁰.

A relação de complementariedade como condição de racionalidade entre as duas exigências na justificação da decisão judicial mostra-se, assim, evidente. Não é possível admitir um papel diminuído ao raciocínio lógico na justificação da decisão, pois, além de condição de racionalidade interna, “*na justificação interna é necessário ficar claro quais premissas devem ser justificadas externamente. Pressupostos que de outra maneira ficariam escondidos, devem ser formulados explicitamente*”⁴⁰¹. A visão de uma linha lógica conjugada com a linha argumentativa, segundo Humberto Ávila, confere maior grau de “segurança de aplicação das normas” - ligada a uma visão não cognitivista do direito -, ao invés de “segurança das normas” - ligada a uma visão cognitivista⁴⁰² - tendo em vista que a segurança de aplicação está no uso de “*estruturas claras e objetivas de raciocínio, presentes quando as premissas e as conclusões do raciocínio jurídico são esclarecidas e fundadas no ordenamento jurídico, bem como a sua construção obedece a critérios racionais de argumentação*”⁴⁰³ ao que se conjuga “*a fundamentação escrita e lógica das decisões*”⁴⁰⁴. Essa visão da justificação coloca acento numa maior segurança de aplicação das normas, já que, conforme refere o jurista, uma norma poderia ser considerada segura, no sentido de ser clara e acessível, porém ser aplicada de modo arbitrário, sem critérios objetivos e uniformes e sem a adequada justificação⁴⁰⁵.

Considerando-se, nesse sentido, que a justificação da decisão judicial contém uma

398 Pierluigi Chiassoni. *Tecnica dell'Interpretazione Giuridica*, p. 14.

399 Pierluigi Chiassoni. *Tecnica dell'Interpretazione Giuridica*, p. 15.

400 António Cortês. “Fundamentos e limites da argumentação jurídica: uma reflexão sobre o direito e a justiça”, p. 398.

401 Robert Alexy. *Teoria da Argumentação Jurídica*, p. 227.

402 Humberto Ávila. *Segurança Jurídica*, p. 142.

403 Humberto Ávila. *Segurança Jurídica*, p. 142.

404 Humberto Ávila. *Segurança Jurídica*, p. 142.

405 Diz Humberto Ávila: “Sem segurança de aplicação a segurança jurídica da norma seria anulada pela insegurança da sua aplicação” (*Segurança Jurídica*, p. 142).

linha argumentativa na qual devem ser fundamentadas as premissas adotadas na justificação interna, e que esse processo interpretativo é um processo decisório permeado por escolhas, podemos afirmar que “*la produzione normativa da parte del potere legislativo non a carattere conclusivo: un concetto adeguato di diritto comprende, come elementi fondante, anche le attività interpretative e argomentative*”⁴⁰⁶. Vale dizer: a atividade jurisdicional possui também um caráter constituinte do direito. Dessa forma, se o processo de interpretação condiciona o próprio direito, tem-se que recai sobre a justificação da decisão judicial a principal tarefa da atividade jurisdicional no Estado Constitucional. Parece-nos verdade, com isso, que “*a decisão jurisdicional marca a perspectiva a partir da qual toda actividade jurídica deverá ser pensada*”⁴⁰⁷. Por essa vereda, a justificação da decisão judicial ganha, conforme afirmamos anteriormente, uma substancial importância, já que, numa concepção não cognitivista do direito, torna-se ponto fundamental da compreensão de segurança jurídica. Com Humberto Ávila, “*o eixo central da segurança jurídica deixa de ser propriamente a previsibilidade conteudística para passar a ser o da controlabilidade decisional. Deixa-se o binômio 'previsibilidade vs. determinação' em favor do binômio 'controlabilidade vs. não-arbitrariedade*”⁴⁰⁸.

Se é verdade que o direito é dependente do processo de interpretação, então a atividade interpretativa, por meio das razões oferecidas pelo intérprete para justificá-la, de alguma forma contribui para a conformação do direito e impacta o ordenamento jurídico⁴⁰⁹. Em outras palavras, como não há uma prévia determinação estática do conteúdo normativo, a norma que resulta do processo de interpretação, reduzindo a equivocidade do ordenamento, constitui algo novo⁴¹⁰, um enriquecimento do do sistema jurídico⁴¹¹. Como essa atividade é realizada no âmbito de aplicação do direito mediante a resolução de casos jurídicos postos a serem decididos por meio da jurisdição, que se vale do processo e que deve, portanto, decidir de forma justa, resulta que a justificação da decisão judicial serve a uma dupla finalidade⁴¹²,

406 Stefano Bertea. *Certeza del Diritto e Argomentazione Giuridica*, p. 94.

407 António Cortês. “Fundamentos e limites da argumentação jurídica: uma reflexão sobre o direito e a justiça”. In: Jorge de Figueiredo Dias; J. J. Gomes Canotilho; José Faria Costa (orgs.). *Ars Iudicandi: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 391.

408 Humberto Ávila. *Segurança Jurídica*, p. 150.

409 Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 25.

410 Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 72.

411 Melvin A. Eisenberg. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 4.

412 Daniel Mitidiero. “Fundamentação e Precedente – Dois Discursos a Partir da Decisão Judicial”. In: *Revista de Processo*, n. 206, São Paulo, 2012, p. 62.

que correspondem aos fins do processo civil no Estado Constitucional: se, de um lado, serve como processo discursivo e racional de determinação de sentido para aplicação ao caso, mostrando-se, nessa perspectiva, como um discurso endereçado a resolver o caso concreto, de outro, o seu resultado contribui para a conformação da ordem jurídica e para a determinação do direito, revelando-se um discurso endereçado à sociedade em geral⁴¹³. São essas as duas “*direzioni*” que surgem a partir da interpretação jurídica: “*L'interpretazione della legge, quando è finalizzata all'applicazione della norma ad un caso particolare, può essere orientata in due direzioni diverse: l'una mirante ad individuare la soluzione più giusta in rapporto alla peculiarità del caso concreto; l'altra mirante a stabilire a livello generale quale è il significato più giusto da attribuire alla norma*”⁴¹⁴. A partir da justificação, portanto, abre-se a oportunidade não só para decidir o caso, mas também para orientar condutas de uma forma geral: “*The second reason why reasons must be made public is that the point of having decision makers is not only to end disputes but also to forestall them by instructing the community*”⁴¹⁵. Aliás essas parecem ser realmente duas tarefas bem claras no *common law*, conforme refere Michele, em que os juízes ocupam-se do desenvolvimento do direito “*mediante la attuazione del giusto attraverso la specializzazione del diritto*”⁴¹⁶.

À constatação desses dois discursos que são proporcionados a partir da justificação da decisão judicial, impõem-se igualmente duas tarefas. No âmbito do esforço voltado a decidir o caso com justiça, o discurso do caso concreto é o discurso da motivação. Surge, a partir daí, a necessidade da formulação de um adequado discurso da fundamentação das decisões judiciais. Nessa sentido, deve-se compreender de que forma deve-se estruturar a motivação das decisões judiciais de modo que, dando conta do caráter lógico-argumentativo que a justificação da decisão apresenta, combata a (falsa) motivação imaginada pelo formalismo interpretativo e, assim, seja capaz de outorgar às partes uma decisão justa. Nessa linha, a finalidade do processo é a tutela dos direitos numa perspectiva particular, a perspectiva das partes⁴¹⁷.

413 Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, pp. 21-29; p. 72.

414 Michele Taruffo. “La Corte di Cassazione e la legge”. In: *Il Vertice Ambiguo - Saggi sulla Cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991, p. 91.

415 Theodore M. Benditt. “The rule of precedent”. In: Laurence Goldstein (org.). *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 95.

416 Gian Antonio Micheli. *Contributo allo Studio della Formazione Giudiziale del Diritto: 'case law' e 'stare decisis'*. Pavia, 1938, p. 34.

417 Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, pp. 25-26. Isso não significa, no entanto, que a motivação, aliada ao direito fundamental à

No âmbito da tarefa voltada a reduzir a equivocidade dos enunciados jurídicos, mediante a determinação do direito aplicável, o discurso da ordem jurídica é o discurso do precedente⁴¹⁸. Quando se percebe que texto e norma não se confundem, impõe-se que a igualdade deva ser pensada a partir da igualdade de resultados e que a segurança jurídica terá um mais alto grau com a manutenção da determinação dos sentidos normativos promovidos pela justificação, e não com uma compreensão formalista de igualdade e segurança como predeterminação de sentidos unívocos postos na lei. Nessa perspectiva, abre-se a oportunidade para que se promova a tutela dos direitos numa perspectiva geral por duas frentes: tratam-se as pessoas de forma isonômica e cria-se um ambiente mais seguro para o desenvolvimento da vida social.

É sobre essas duas finalidades do processo civil que se ocupará a segunda parte deste trabalho.

publicidade, não sirva, mediata e indiretamente, para que a opinião pública não possa controlar as razões oferecidas pelo órgão jurisdicional (Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, pp. 333-334.).

418 Conforme MacCormick, a *ratio decidendi* é uma função da decisão judicial e da justificação oferecida pelo juiz para basear a decisão: “It must be noticed that the *ratio* on this view is a function of a judge's decision and of the justification offered by that judge in the opinion he/she states supporting it” (Neil MacCormick. *Rhetoric and the Rule of Law*, p. 153).

PARTE II - A JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL COMO MATÉRIA-PRIMA DA MOTIVAÇÃO E DO PRECEDENTE PARA A TUTELA DOS DIREITOS

“Hoy, en una época de pluralidad de valores, en que el Derecho depende de complejos procesos discursivos para su aplicación, la lucha contra la arbitrariedad reside em combatir la falsa fundamentación, la injustificada argumentación, la irracional ponderación”⁴¹⁹.

“The function of resolving disputes faces toward the parties and the past. The function of enriching the supply of legal rules faces toward the general society and the future. As I will show, a major objective of the institucional principles of common law adjudication is to reconcile the tensions that may arise out of the difference in orientation between these two functions”⁴²⁰.

1. A Tutela dos Direitos em Perspectiva Geral e Particular como Fim do Processo Civil no Estado Constitucional

O direito processual civil, como parte do direito que é, não escapa à condição de fenômeno cultural – ciência do espírito. Pois esse “[É] o ramo do direito mais rente à vida. Por ele, poder-se-iam classificar os povos”, ilustra, com felicidade, Pontes de Miranda⁴²¹. O processo civil, por essa vereda, mostra-se o segmento do direito que mais é propenso a refletir as condicionantes culturais e as elaborações teóricas a respeito do fenômeno jurídico. O processo molda-se à história jurídica. Nas palavras de Ovídio Baptista, o direito processual civil “é o ramo do direito mais comprometido com a história, uma vez que lhe cabe não apenas prescrever regras hipotéticas, como o faria o jurista do direito material, mas diretamente intervir nos conflitos sociais, impondo, aqui e agora, uma determinada regra de conduta”⁴²².

Sendo o fenômeno cultural, o processo civil não só permite, mas exige, para sua adequada compreensão, uma aproximação histórica⁴²³. Para o presente trabalho, revela-se

419 Humberto Ávila. “Interpretación de las Leyes”. In: *Beccaria 250 Años Después – Dei Delitti e Delle Pene*. Montevideo: BdeF, 2011, p. 70.

420 Melvin A. Eisenberg. *The Nature of the Common Law*, p. 7.

421 Pontes de Miranda. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. I, Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. XV.

422 Ovídio A. Baptista da Silva. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. 2a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 194.

423 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira; Daniel Mitidiero. *Curso de Processo Civil*. v. I, São Paulo: Atlas, 2010, p. 12.

profícuo compreender em perspectiva quais foram os fins destinados ao processo civil no curso da história e de que forma foi, e em que medida ainda o é, reflexo das correntes teóricas construídas a partir do século XIX, precisamente no seu reflexo a respeito da fundamentação e justificação das decisões judiciais.

1.1. Da Defesa dos Direitos Subjetivos à Atuação da Vontade Concreta da Lei

Conforme salientam Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, o processo civil experimentou ao longo da história diversas fases metodológicas⁴²⁴. A cada fase metodológica correspondeu, por seu turno, uma diferente concepção a respeito dos fins do processo civil⁴²⁵.

A primeira fase metodológica do processo civil denomina-se de praxismo que, na definição de Daniel Mitidiero, correspondeu à “*pré-história do direito processual civil*”⁴²⁶, porque representou uma época em que não se tinha a noção de direito processual civil como um ramo autônomo do direito⁴²⁷. Os estudos a respeito do processo davam-se de modo apenas marginal, como mero apêndices do direito material. O direito processual era visto na verdade como direito judiciário, simples procedimento (*procédure*)⁴²⁸ uma sucessão de atos decorrentes da emanção do próprio direito material. Vê-se que, no direito romano, por exemplo, não se tinha a compreensão do direito subjetivo desprendido do meio para sua obtenção. Leciona Alvaro de Oliveira que “*na perspectiva do Direito Romano, a pretensão privada, para cuja realização a actio era outorgada, não aparecia como um direito subjetivo totalmente constituído. Via-se nela, pura e simplesmente, o reflexo da tutela jurídica inaugurada com a admissibilidade da actio*”⁴²⁹. Dando voz a Savigny, segue o processualista gaúcho apontando a permanência no curso da história da confusão entre os planos do direito material e processual, sustentando que, para o jurista alemão, “*o direito de ação (Klagrecht) era considerado como uma forma especial assumida pelo direito material depois da sua lesão*

424 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira; Daniel Mitidiero. *Curso de Processo Civil*, p. 12.

425 Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, pp. 21 e ss.

426 Daniel Mitidiero. *Colaboração no Processo Civil*. 2a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 32.

427 A doutrina também chama essa mesma fase de sincretista, justamente para demonstrar a mistura do direito material com o processual (Cândido Rangel Dinamarco. *A Instrumentalidade do Processo*. 12a ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 18).

428 Cândido Rangel Dinamarco. *A Instrumentalidade do Processo*, p. 18.

429 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 20.

ou violação, uma espécie de metamorfose extensível a todo direito”⁴³⁰. A essa forma de encarar sem clara distinção os planos processual e material correspondeu a aproximação das formas processuais de defesa dos direitos subjetivos a uma finalidade eminentemente privatística, nascida da teorização dos direitos subjetivos e de sua sistematização nos séculos XVIII e XIX na Alemanha⁴³¹. Não é o caso de voltar-se à vasta e complexa história do jusnaturalismo e do jusracionalismo, mas essas correntes esforçaram-se, no seio do Estado Liberal, em construir um sistema em torno do indivíduo, que fixasse as balizas da nítida separação entre indivíduo e Estado, constituindo-se um sistema de direitos invioláveis e inatos da pessoa humana⁴³². A construção de um sistema de direitos subjetivos foi concebida “essenzialmente come sistema del diritto privato, accentuando la tradizionale distinzione fra ius privatum e ius publicum”⁴³³, demonstrando-se aí a preocupação em estabelecer as balizas da finalidade de proteção dos direitos subjetivos. Embora Riccardo Orestano sinalize que começa aí a separação entre direito processual e direito material⁴³⁴, o essencial, nesse ponto, é a constatação de que a finalidade do processo é a proteção de direitos subjetivos, objetivo de acentuada marca privatista e individualista no que respeita aos fins do processo⁴³⁵.

A efetiva superação da fase praxista surge a partir da obra de Oskar Bülow, com a publicação, em 1868, do seu livro *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen* (Teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais), primeira obra em que se busca estabelecer de forma sistemática os fundamentos da autonomia do direito processual⁴³⁶. Os processualistas a partir daí tomam consciência da autonomia da relação jurídica processual e da sua distinção da relação jurídica de direito material pelos seus sujeitos, pressupostos e objeto⁴³⁷. A ansiedade pela autonomia do direito processual em relação ao direito material foi potencializada pelos anseios da época. Conforme visto na Parte

430 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*, p. 21.

431 Riccardo Orestano. “Azione. I – L'azione in generale: a) storia del problema”. In: *Enciclopedia del Diritto*. v. IV, Milano: Giuffrè, 1959, p. 788.

432 Riccardo Orestano. “Azione. I – L'azione in generale: a) storia del problema”, p. 788.

433 Riccardo Orestano. “Azione. I – L'azione in generale: a) storia del problema”, p. 789.

434 Afirma o jurista italiano que a construção de um sistema de direitos subjetivos faz com que o processo comece a ser visto como um conjunto de meios a serviço da realização das situações subjetivas: “Il processo e quanto vi attiene è ora concepito come un insieme di mezzi posti a disposizione e al servizio dei privati per la tutela e la realizzazione di situazioni e di pretese, la cui esistenza e il cui fondamento sono considerati preesistenti al momento cui si rende necessaria la coazione e indipendenti da questa”. “Azione. I – L'azione in generale: a) storia del problema”, p. 789.

435 Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, pp. 22.

436 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira; Daniel Mitidiero. *Curso de Processo Civil*. p. 13.

437 Cândido Rangel Dinamarco. *A Instrumentalidade do Processo*, p. 19.

I deste trabalho, reinava no Continente, principalmente pela vertente alemã, a Escola Histórica e a Jurisprudência dos Conceitos, preocupadas em construir um sistema jurídico racional, fechado e universal, fundamentado na evolução histórica e na elaboração de conceitos precisos. Não causa surpresa, portanto, que, conforme noticia Daniel Mitidiero, Bülow tenha buscado construir sua ciência com base em conceitos puros e legitimado sua pesquisa com fundamento no direito romano clássico⁴³⁸. O estudo sistemático do direito processual passa da Alemanha à Itália pelas mãos de Chiovenda, passando-se da mera “*procedura*” ao “*diritto processuale*”, mudança de nome que demonstrava que uma nova ciência jurídica vinha a se formar⁴³⁹. As grandes linhas do processo e seus principais conceitos ganham forma com o Processualismo. No entanto, quanto mais os processualistas se concentravam no aperfeiçoamento dos conceitos processuais e preocupavam-se com uma justificação unitária do sistema processual que estava sendo construído, mais fechavam os olhos para o direito material e para a realidade social⁴⁴⁰. Sintomática reação do intento da construção de uma ciência pura e atemporalmente válida, culminada pelo total desprendimento do processo em relação ao direito material, ignorando a realidade que lhe era subjacente. Consequentemente, o processo volta-se a uma finalidade precipuamente publicista: Chiovenda expressamente afirma que o fim do processo é a certificação da vontade concreta da lei, sendo que o escopo dessa vontade é, em última análise, um escopo do Estado⁴⁴¹. Aparece, aí, um “*mutamento di indirizzo*”⁴⁴², já que o objetivo de atuação da vontade da lei, com efeito, apresenta conotação publicista⁴⁴³. Para Calamandrei, o traço distintivo da jurisdição “*è dato dallo scopo che lo Stato persegue attraverso il compimento di esse: che è quello di garantire l'osservanza*

438 Daniel Mitidiero. “O Processualismo e a Formação do Código Buzaid”. In: *Revista de Processo*, n. 183, maio/2010, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 168.

439 Salvatore Satta. “Diritto Processuale Civile”. In: *Enciclopedia del Diritto*. v. XII, Milano: Giuffrè, 1964, p. 1.101.

440 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira; Daniel Mitidiero. *Curso de Processo Civil*. p. 14.

441 Giuseppe Chiovenda. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. v. II, São Paulo: Saraiva, 1969, pp. 3-5.

442 Michele Taruffo. *La Giustizia Civile in Italia dal '700 a Oggi*. Bologna: Il Mulino, 1980, p. 186. Também refere Taruffo que “al c.d. 'publicizzazione' del processo civile inverte i presupposti di fondo che erano alla base del codice del 1865 e della dottrina ottocentesca: il processo non è più esclusivamente un 'affare delle parti' ma un luogo in cui si esprime l'autorità dello Stato; esso non mira solo alla tutela di interessi privati, ma realizza l'interesse pubblico all'amministrazione della giustizia; il perno del processo non è più l'iniziativa delle parti, ma la funzione del giudice. In sintesi, il processo non è più visto come una forma in cui si esplica l'autonomia privata nell'esercizio dei diritti, ma come uno strumento che lo Stato mette a disposizione dei privati in vista dell'attuazione della legge” (p. 188).

443 Luiz Guilherme Marinoni. *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 34.

pratica del diritto oggettivo”⁴⁴⁴. Calamandrei, com efeito, deixa muito claro que o fim que persegue a função jurisdicional é um fim eminentemente público, primeiramente de observância do direito objetivo e da autoridade do Estado, sendo o interesse privado um fim meramente mediato e indireto. Pela contundência das palavras, vale a transcrição: “*Sembra chiaro, se si pone mente al modo con cui è formulato e attuato il diritto nel sistema della legalità, che la funzione giurisdizionale persegue, anche nel processo civile, uno scopo eminentemente pubblico: se attraverso la messa in opera delle garanzie giurisdizionali possono venire a trovarsi concretamente sodisfatti gli interessi individuali che il diritto tutela, l'esercizio della giurisdizione mira in prima linea a rendere praticamente operativa la legge, cioè a far sì che la volontà dello Stato, espressa nella legge, sia rispettata e obbedita. L'appagamento degli interessi individuali tutelati dal diritto può essere, per lo Stato che amministra la giustizia, uno scopo mediato e indiretto; ma lo scopo primo che esso persegue nel sistema della legalità, è quello della osservanza del diritto, solo perchè è diritto e indipendentemente dal suo contenuto. Così lo Stato, attraverso i giudici, riconferma sè stesso, facendo sì che la sua autorità, dall'empiero delle leggi astratte, scenda al livello delle vicende umane e intervenga con efficacia pratica a regolare secondo le leggi la condotta dei cittadini: lo Stato difende colla giurisdizione la sua autorità di legislatore*”⁴⁴⁵. Como se vê, o fim do processo civil, nesse contexto, corresponde a um fim eminentemente estatalista, como um meio para a atuação do direito objetivo.

1.2. Processualismo: o Resultado do Programa Formalista Aplicado ao Processo Civil

Antes de avançarmos no curso das fases metodológicas do processo civil até chegar à ideia de tutela dos direitos, julgamos oportuno nesse momento enfrentar um tema central para esse trabalho, que é a influência e os reflexos da marca formalista na formulação e consolidação, de uma maneira geral, do direito processual civil - nos pontos 2 e 3 da Parte II, ocorrerá o enfrentamento de modo particular a respeito da motivação e do precedente. Para nosso ponto, o fundamental é demonstrar que, por detrás das elaborações do processualismo pulsa, forte e vivamente, um coração formalista.

444 Piero Calamandrei. “Istituzione di Diritto Processuale Civile”. In: Mauro Cappelletti (org.). *Opere Giuridiche*. v. IV, Napoli: Morano Editore, 1965, p. 72.

445 Piero Calamandrei. “Istituzione di Diritto Processuale Civile”, p. 73.

Conforme se verificou no ponto anterior, o processualismo inicia-se na segunda metade do século XIX, século que viu o processo civil nascer como ciência autônoma⁴⁴⁶, no seio das teorias do formalismo interpretativo emanadas no Continente. Buscou a autonomia do direito processual por meio da depuração de conceitos jurídicos e da criação de um sistema processual perfeito e acabado. Esse esforço enquadrou-se perfeitamente no conceito moderno de ciência jurídica.

Consoante ensina Bobbio, o discurso científico da modernidade deveria, para ser considerado verdadeiramente científico, ser, antes de tudo, um discurso que perseguisse o rigorismo em precisar conceitos e almejasse a perfeita coerência sistemática entre os termos: *“La scientificità di un discorso non consiste nella verità, cioè nella corrispondenza della enunciazione ad una realtà obiettiva, ma nel rigore del suo linguaggio, cioè nella coerenza di un enunciato con tutti gli altri enunciati che fanno sistema con quelli. Il valore scientifico di una ricerca non è quindi possibile al di fuori dell'uso di un linguaggio rigoroso; la scienza non è possibile al di fuori di quel linguaggio rigoroso, essenzialmente più rigoroso del linguaggio comune, che è il linguaggio scientifico”*⁴⁴⁷.

Conceito e sistema: eis aí o comprometimento com a compreensão moderna de ciência, eis aí as preocupações centrais do processualismo. Di-lo Chiovenda, que, ao prefaciá-las suas *Instituições*, transcreve o que já escrevera no prefácio aos seus não menos clássicos *Principii*: *“De uma parte seduziu-me a revisão histórico-dogmática das doutrinas processuais e a construção de um sistema. (...) Eis aí por que é fecundo o sistema. Partindo de algumas idéias fundamentais que lhe presidem a formação, outras despontam à medida que se procede ao ordenamento das partes e das questões especiais. O emparelhamento de institutos diversos dotados de elementos comuns produz freqüentemente novas luzes ou sequer dilúculos, que iluminam novos aspectos das coisas ou são causa de novas reflexões”*⁴⁴⁸. Conceituar e sistematizar são, definitivamente, as preocupações e o comprometimento do processualismo, confessa-o, finalmente, o processualista: *“Novidades conceituais tão entressachadas a novidades sistemáticas deparará a cada página quem contrastar este livro com a leitura processual que o precedeu na Itália”*⁴⁴⁹.

O processo civil que se forjou no ambiente do paradigma moderno de ciência revela o

446 Ovídio A. Baptista da Silva. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*, p. 118.

447 Norberto Bobbio. “Scienza del Diritto e Analisi del Linguaggio”, p. 300.

448 Giuseppe Chiovenda. *Instituições de Direito Processual Civil*, p. XX-XXII.

449 Giuseppe Chiovenda. *Instituições de Direito Processual Civil*, p. XII.

seu profundo compromisso com o formalismo interpretativo. A concepção formalista da existência de um significado unívoco e anterior à interpretação é rigorosamente reproduzida por Chiovenda, que expressamente afirma que “o juiz atua, em todos os casos, vontade de lei preexistente, e, se faz obra de especialização da lei, é tão só no sentido de que formula, caso por caso, a vontade de lei concretizada antes do processo”⁴⁵⁰. Mais do que isso, Chiovenda inclusive critica a concepção antiformalista de seu tempo, qual seja, a escola do movimento do direito livre. Ao analisar a possibilidade de adaptação da lei em face do decurso do tempo, Chiovenda qualifica essa adaptação histórica como envolvendo “*quicá um perigoso equívoco*” e arremata, com o peso da caneta formalista: “*Uma coisa é dizer-se que renovadas condições econômicas, sociais, políticas e culturais determinam correntes e tendências novas que lentamente dispõem a doutrina a novas interpretações da lei velha, e que o juiz, como jurisperito, participa incidentalmente dessa renovação. Outra coisa é considerar isso como mister do juiz, perigosa máxima que pode encorajar as interpretações individuais e cerebrinas. Com dobrada razão podemos dizê-lo das doutrinas inspiradas pelo princípio da maior liberdade do julgador (a chamada escola do direito livre) e que a exageraram ao ponto de admitir um poder de correção da lei. Os juízes rigorosamente fiéis à lei conferem aos cidadãos maior garantia e confiança do que os farejadores de novidades em geral subjetivas e arbitrarias*”⁴⁵¹. Verifica-se, com isso, a influência formalista no pensamento de Chiovenda⁴⁵².

Discípulo de Chiovenda, outro italiano que influenciou sobremaneira o processo civil brasileiro, tendo-se ocupado do refinamento do institutos do processo de execução, Liebman toma exatamente o mesmo caminho. Afirma que “a execução processual é o conjunto de atividades atribuídas aos órgãos judiciários para a atuação prática de uma vontade concreta da lei”, a qual pressupõe “o conhecimento de tal vontade”⁴⁵³. Por isso, no processo de conhecimento, a atividade do juiz é a de “descobrir e formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso”, um trabalho “prevalentemente de caráter lógico”, que “se assemelha, sob certos pontos de vista, ao de um historiador, quando reconstrói e avalia os fatos do passado”⁴⁵⁴. A mesma observação a respeito de encampar nos seus estudos uma característica

450 Giuseppe Chiovenda. *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 42.

451 Giuseppe Chiovenda. *Instituições de Direito Processual Civil*, p. 43.

452 Luiz Guilherme Marinoni. *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*, p. 36.

453 Enrico Tullio Liebman. *Embargos do Executado*. 2a ed. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 93.

454 Enrico Tullio Liebman. *Processo de Execução*. 2a ed., São Paulo: Saraiva, 1963, p. 33. O fato de ter

marcada pelo o formalismo interpretativo pode ser feita em relação a Calamandrei, na primeira fase de seu pensamento, para quem, como vimos, o escopo do processo é a atuação do direito objetivo, sendo a norma, na clássica visão formalista, um objeto de conhecimento: “*Il giudice, insomma, in questa prima fase della giurisdizione, considera la legge e i fatti coi quali essa deve esser mezza in relazione* soltanto como objeto del suo conoscere, non anche como regola del suo operare(...)”⁴⁵⁵.

Vê-se que para os processualistas que construíram o direito processual civil “*o sentido da lei deve ser pensado como rigorosamente unívoco, de modo que lhe basta descobrir a verdade e proclamá-la na sentença*”⁴⁵⁶, clássica forma de compreender o direito a partir de uma perspectiva do formalismo interpretativo. Analisando o pensamento de Chiovenda, Ovídio Baptista denuncia esse comprometimento com o ideal de um sentido unívoco da lei, ao referir que, para o jurista italiano, a vontade da lei já estaria concretizada e seria anterior ao processo, constituindo missão do juiz apenas revelá-la⁴⁵⁷. E, segue o processualista gaúcho, “*como seria impensável supor que a lei tivesse 'duas vontades', toda norma jurídica deverá ter, conseqüentemente, sentido unívoco. Ao intérprete não seria dado hermeneuticamente 'compreendê-la' mas, ao contrário, com a neutralidade de um matemático, resolver o problema 'algébrico' da descoberta de sua vontade*”⁴⁵⁸.

O processualismo, nesses exatos termos, conformou a formação do Código de Processo Civil brasileiro de 1973. Com efeito, o autor do Anteprojeto do CPC de 1973, Alfredo Buzaid, revela, já no início de seu prefácio às *Instituições* de Chiovenda, que a doutrina de Chiovenda e Liebman foram sensíveis ao Anteprojeto⁴⁵⁹. Vale lembrar que Liebman era discípulo de Chiovenda, e Buzaid, por seu turno, havia sido aluno de Liebman⁴⁶⁰. As características do processualismo no direito processual brasileiro tornam-se, a partir daí, claríssimas. Buzaid afirma que o sistema construído por Chiovenda representa um

Liebman comparado a atividade do juiz à de um historiador tem enorme relevância do ponto de vista da revelação da influência do formalismo interpretativo. Conforme veremos adiante, o historiador apenas descobre e registra fatos prontos e acabados, externos a ele e existentes anteriormente à sua atividade, sem poder, para tanto, concorrer com qualquer ato seu de vontade, sob pena de, com isso, proceder a uma indevida alteração no curso dos eventos passados.

455 Piero Calamandrei. “Istituzione di Diritto Processuale Civile”, p. 65.

456 Ovídio A. Baptista da Silva. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*, p. 117.

457 Ovídio A. Baptista da Silva. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 93.

458 Ovídio A. Baptista da Silva. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*, p. 93.

459 Alfredo Buzaid. “Prefácio às Instituições de Direito Processual Civil, de Chiovenda”. *Grandes Processualistas*. São Paulo: Saraiva: 1982, p. 11.

460 Conforme Daniel Mitidiero. “O Processualismo e a Formação do Código Buzaid”, p. 175.

“monumento acabado”⁴⁶¹. Descreve o exato intento do processualismo na obra deste, ao afirmar que “*ela não necessita de complemento, porque contém perfeita unidade sistemática; não reclama reparos, porque os seus conceitos são o fruto de madura reflexão vivida no trato diuturno dos problemas forenses; e ensina a muitos povos e por largo tempo, porque a sua doutrina adquiriu validade universal*”⁴⁶². A conclusão de Alfredo Buzaid a propósito da obra de Chiovenda constitui inventário preciso do intento do processualismo e retrato fiel de sua influência no CPC de 1973: “*O leitor encontra uma exposição ordenada e sistemática dos princípios fundamentais, a rigorosa pureza dos conceitos e a perfeição do método histórico-dogmático*”⁴⁶³. Quanto a Liebman, o reflexo em sua obra do processualismo no que diz com o anseio pela afirmação do direito processual civil como ciência autônoma e sistematicamente unitária é resumida por Buzaid, ao exaltar seu trabalho como a “*alvorada do direito processual civil como sistema científico*”⁴⁶⁴. A influência das ideias de Liebman e Chiovenda no Código de 1973, por fim, é confessada por Buzaid, ao afirmar que “*as soluções teóricas e práticas, aconselhadas por eles, estiveram presentes, a cada instante, na redação dos dispositivos legais que, não raro, lhes reproduzem quase literalmente idéias e conceitos*”⁴⁶⁵.

Ovídio Baptista teve o mérito de denunciar o profundo comprometimento do processo civil brasileiro com as concepções que, no fundo, fundamentam formalismo interpretativo, tendo chamado a atenção para o fato de que o direito processual civil brasileiro “*mantém-se servilmente dependente das doutrinas tanto filosóficas quanto políticas desse período da cultura européia, não obstante tudo o que se viu e escreveu desde o século XVIII até o início do terceiro milênio*”⁴⁶⁶. Com efeito, pode-se observar na doutrina contemporânea descendente do processualismo e que julgou tê-lo superado, a manutenção das nossas estruturas processuais⁴⁶⁷, o que se revela notório no conceito de jurisdição e da finalidade do processo civil no instrumentalismo.

1.3. Instrumentalismo: A Vontade Concreta do Direito e sua Ligação com o

461 Alfredo Buzaid. “Prefácio às Instituições de Direito Processual Civil, de Chiovenda”, p. 4.

462 Alfredo Buzaid. “Prefácio às Instituições de Direito Processual Civil, de Chiovenda”, p. 7.

463 Alfredo Buzaid. “Prefácio às Instituições de Direito Processual Civil, de Chiovenda”, p. 9.

464 Alfredo Buzaid. “Prefácio às Instituições de Direito Processual Civil, de Chiovenda”, p. 9.

465 Alfredo Buzaid. “Prefácio às Instituições de Direito Processual Civil, de Chiovenda”, p. 11.

466 Ovídio A. Baptista da Silva. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*, p. 87.

467 “Insistimos em manter nossas velhas e ultrapassadas instituições processuais e a raciocinar como bons e confiantes iluministas, para os quais foi concebido o Processo de Conhecimento, como o instrumento destinado a possibilitar que um juiz neutro e destituído de vontade pudesse revelar a vontade do legislador, que o Processo de Conhecimento persevera em supor que seja unívoca e evidente por si mesma” (Ovídio A. Baptista da Silva. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*, p. 212).

Formalismo Interpretativo

A evolução da história metodológica do processo civil se deu com a passagem do processualismo ao instrumentalismo. Tomaram consciência os processualistas do enclausuramento do processo nos conceitos processuais e da sua distância à realidade social. Com Ovídio Baptista, a criação de verdades eternas para o processo foi a responsável pelo “*extraordinário divórcio*” entre o processo civil e a vida⁴⁶⁸. Um processo refinado, com conceitos precisos e perfeitamente sistematizados, mas que, neutro em relação ao contexto social, de nada servia. Percebeu-se, dessa forma, que o processo só teria razão de ser se servisse de instrumento à disposição da justiça. No Brasil, o principal doutrinador do instrumentalismo foi Cândido Rangel Dinamarco, com sua obra, lançada em 1987, *A Instrumentalidade do Processo*. Nas palavras do Professor das Arcadas, o processualista não necessitava mais de purificação de conceitos, mas de resultados práticos satisfatórios: “*O processualista sensível aos grandes problemas jurídicos sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas sabe que agora os conceitos inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais do que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais destituídas de endereçamento teleológico. Insistir na autonomia do direito processual constitui, hoje como que preocupar-se o físico com a demonstração da divisibilidade do átomo. (...) O que conceitualmente sabemos dos institutos fundamentais desde ramo jurídico já constitui suporte suficiente para o que queremos, ou seja, para a construção de um sistema jurídico-processual apto a conduzir aos resultados práticos desejados*”⁴⁶⁹.

O processualista, a partir daí, abre os olhos para o mundo e passa a preocupar-se com o tema da efetividade do processo⁴⁷⁰. “*A negação da natureza e objetivo puramente técnicos do sistema processual*”, conforme Dinamarco, “*é ao mesmo tempo afirmação de sua permeabilidade aos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material (os quais buscam efetividade através dele) e reconhecimento de sua inserção no universo*

468 Ovídio A. Baptista da Silva. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*, p. 128.

469 Cândido Rangel Dinamarco. *A Instrumentalidade do Processo*, pp. 22-23.

470 “Por outro lado, a instrumentalidade do processo, aqui considerada, é aquele aspecto positivo da relação que liga o sistema processual à ordem jurídico-material e ao mundo das pessoas e do Estado, com o realce à necessidade de predispô-lo ao integral cumprimento de todos os seus escopos sociais, políticos e jurídico. Falar da instrumentalidade nesse sentido positivo, pois, é alertar para a necessária efetividade do processo, ou seja, para a necessidade de se ter-se um sistema processual capaz de servir de eficiente caminho à ‘ordem jurídica justa’” (Antônio Carlos de Araújo Cintra; Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. 17a ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 41).

axiológico da sociedade a que se destina”⁴⁷¹. Para a consecução dessas finalidades, o processo passa a ser visto como instrumento, um meio para o atingimento de um fim⁴⁷². Essa vertente teve o mérito, portanto, de pensar o processo civil por meio de técnicas processuais voltadas às finalidades que focalizaram. Assomam-se a esses intentos a abertura do judiciário, com a chamada onda de acesso à justiça⁴⁷³, mediante a redução de custos e a eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica do jurisdicionado⁴⁷⁴ como forma de garantir uma maior efetividade ao processo. Ao lado dos ideais de acesso à justiça e de entrega de uma prestação jurisdicional rápida e efetiva, no embalo dos estudos constitucionais provocados pelo segundo pós-guerra⁴⁷⁵ adveio o que foi chamado de primeira constitucionalização do processo⁴⁷⁶. Nessa perspectiva, as relações entre Constituição e processo são entendidas em duas direções: no sentido Constituição-processo, que é a tutela constitucional dos princípios processuais, alçados ao nível constitucional, e no sentido processo-Constituição, que é a defesa processual da Constituição (ações constitucionais)⁴⁷⁷. Essa forma de encarar as relações entre Constituição revela a nítida preocupação de construir uma “sólida ancoragem *do processo civil na Constituição*”, para o fim de “*salvaguardar um núcleo mínimo de garantias processuais*” de modo “*a impor limites à atuação do Estado*”⁴⁷⁸, forma de atuação consentânea com a ideia de garantias formais emergentes após o segundo pós-guerra⁴⁷⁹.

Se para essa vertente o processo passa a ser visto como um meio para o atingimento de um fim, então o instrumentalismo se vê na contingência de fincar as novas fundações a respeito das finalidades do processo civil. Cândido Rangel Dinamarco lança-se à essa tarefa,

471 Cândido Rangel Dinamarco. *A Instrumentalidade do Processo*, p. 24.

472 Cândido Rangel Dinamarco. *A Instrumentalidade do Processo*, p. 181.

473 “O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica”. (Mauro Cappelletti; Bryant Garth. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 13).

474 Cândido Rangel Dinamarco. *A Instrumentalidade do Processo*, p. 25.

475 “L'accoglimento del principio della separazione dei poteri o delle funzione statali e il riconoscimento di diritti fondamentali che, oltre alle libertà tradizionali, affermano ideali di giustizia sociale, sono i due temi di fondo più ricorrenti” (Nicolò Trocker. *Pocesso Civile e Costituzione*, p. 92).

476 Daniel Mitidiero. “As relações entre o processo civil e a Constituição na primeira metade do século XX e a sua breve evolução na doutrina processual civil brasileira”. In: *Revista dos Tribunais*, v. 915, janeiro de 2012, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 51.

477 Cândido Rangel Dinamarco. *A Instrumentalidade do Processo*, p. 27.

478 Daniel Mitidiero. “As relações entre o processo civil e a Constituição na primeira metade do século XX e a sua breve evolução na doutrina processual civil brasileira”, p. 53.

479 “L'apetto veramente 'rivoluzionario' della Legge fondamentale do Bonn sta nel complesso imponente di garanzie 'formali' che essa ha predisposto a integrazione dei valori individuali e sociali che caratterizzano il suo disegno organizzativo” (Nicolò Trocker. *Pocesso Civile e Costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*, p. 120)

concluindo pela existência de três escopos da jurisdição: um escopo social, um escopo político e um escopo jurídico. Em termos gerais, o escopo social do processo é pacificar com justiça⁴⁸⁰. O escopo político está em afirmar a capacidade do estado de decidir imperativamente, concretizar o culto ao valor liberdade e assegurar a participação dos cidadãos⁴⁸¹. Finalmente, o escopo jurídico do processo – que é o que mais nos interessa – estaria, para Dinamarco, em *atuar a vontade concreta do direito*⁴⁸².

Embora tenham os adeptos do instrumentalismo aberto os olhos para o vício do processualismo em fechar-se como uma “ciência em si mesma” e percebido a necessidade de se encarar o processo como um meio para atingimento efetivo de um fim, o fim perseguido pelo instrumentalismo revela, como prova mais notória que essa doutrina poderia nos deixar, a profunda marca que o processualismo deixou na doutrina tradicional⁴⁸³, e o paradigma cognitivista do direito com a qual essa moldou as nossas estruturas processuais⁴⁸⁴. Essa doutrina, responsável pela criação do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, abertamente assume que encarar o processo pelas lentes do processualismo é a chave para a compreensão do nosso direito processual (a leitura do *Manuale* de Liebman “*é o guia mais seguro para a perfeita compreensão de nossa lei processual*”⁴⁸⁵) e enfatiza que, na verdade, toda a doutrina processual civil brasileira revelaria “*o vigor de uma doutrina nascida conscientemente das lições seguras do Mestre comum*”⁴⁸⁶ (referindo-se a Liebman).

Logo se vê que essa doutrina não se desvencilhou das amarras do processualismo e, conseqüentemente, ficou também confinada àquela visão cognitivista do direito. Por estar tão seriamente vinculado ao pensamento chiovendiano segundo o qual o fim do processo é a atuação da vontade concreta da lei, não conseguiu encontrar outra finalidade que não a atuação da vontade concreta do direito, alteração de palavras que, no final das contas, apenas

480 Cândido Rangel Dinamarco. *A Instrumentalidade do Processo*, p. 199.

481 Cândido Rangel Dinamarco. *A Instrumentalidade do Processo*, p. 204.

482 Cândido Rangel Dinamarco. *A Instrumentalidade do Processo*, pp. 215 e ss.

483 Referimo-nos à chamada “Escola de São Paulo” (Cândido Rangel Dinamarco. “A formação do moderno processo civil brasileiro (uma homenagem a Enrico Tullio Liebman)”. In: *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4a ed. t. I, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 34-37; Antônio Carlos de Araújo Cintra; Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*, p. 125).

484 Anota Marinoni: “Porém, os princípios básicos da escola chiovendiana – sobre os quais, aliás, formaram-se a moderna doutrina processual italiana e a doutrina processual brasileira – foram inspirados no modelo institucional do Estado de direito de matriz liberal, revelando, de tal modo, uma continuidade ideológica em relação ao pensamento dos juristas do século XIX” (*Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*, p.36).

485 Cândido Rangel Dinamarco. “A formação do moderno processo civil brasileiro (uma homenagem a Enrico Tullio Liebman)”, p. 38.

486 Cândido Rangel Dinamarco. “A formação do moderno processo civil brasileiro (uma homenagem a Enrico Tullio Liebman)”, p. 38.

substitui por novos os velhos grilhões enferrujados, mas permanece acorrentada, no fundo, a uma compreensão cognitivista. Com efeito, quando essa doutrina afirma que “o direito processual não toma parte na formação da vontade concreta do direito, porque o processo serve somente para revelá-la e propiciar sua atuação”⁴⁸⁷, que quando se apresenta ao juiz, a regra do caso concreto já existia antes, perfeita e acabada⁴⁸⁸, e que o comando do juiz não é mais do que uma revelação do preexistente, que não cresce nada ao mundo jurídico senão a certeza⁴⁸⁹, está-se dizendo que, por meio do processo, o juiz nada mais faz do que revelar um sentido da norma preexistente à sua atividade⁴⁹⁰.

Essa visão é porta-voz da parcela da doutrina que erigiu e condicionou o direito processual civil brasileiro e que assume, como “pressupostos que alicerçam a doutrina processual”⁴⁹¹, uma visão estática e cognitivista do direito. É o resultado do projeto formalista aplicado ao processo civil brasileiro⁴⁹².

1.4. O Fim do Processo Civil no Estado Constitucional: A Tutela dos Direitos numa Dimensão Particular e numa Dimensão Geral

487 Cândido Rangel Dinamarco. “A formação do moderno processo civil brasileiro (uma homenagem a Enrico Tullio Liebman)”, p. 36.

488 Cândido Rangel Dinamarco. *A Instrumentalidade do Processo*, p. 255.

489 “Cada direito, em concreto (ou cada situação em que a existência do direito é negada), é sempre resultante da acomodação de uma concreta situação de fato nas hipóteses oferecidas pelo ordenamento jurídico: mediante esse enquadramento e o trabalho de investigação do significado dos preceitos abstratos segundo os valores que, no tempo presente, legitimam a disposição, chega-se à *vontade concreta da lei*, ou seja, ao concreto preceito que o ordenamento dirige a um caso em exame. Por isso é que, quando os tribunais interpretam a Constituição ou a lei, eles somente *canalizam* a vontade dominante, ou seja, a síntese das opções axiológicas da nação. O comando concreto que emitem constitui mera *revelação* do preexistente, sem nada acrescer ao mundo jurídico além da certeza” (Cândido Rangel Dinamarco. *A Instrumentalidade do Processo*, pp. 48-49).

490 Não se pode dizer que essa doutrina feche os olhos para a função de intérprete de textos que o juiz desempenha. Dinamarco, inclusive, ressalta a necessidade de que estudos de interpretação permeiem o estudo do processo, ao afirmar que “[S]e o intérprete maior e definitivo da ordem jurídica positivada nos textos é o juiz e se o juiz atua no processo segundo as regras processuais, como excluir do direito processual e do objeto de sua ciência esses temas ligados à boa interpretação? (*A Instrumentalidade do Processo*, p. 364). Apesar dessa compreensão, no entanto, a doutrina da atuação da vontade concreta do direito, conforme referido, tem raiz na visão cognitivista do direito.

491 Fábio Cardoso Machado. *Jurisdição, Condenação e Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 115.

492 Na doutrina brasileira, Ovídio A. Baptista da Silva, durante toda a sua obra e doutrina, denunciou essa visão formalista do direito tomada pelos processualistas brasileiros, a que denominou de “paradigma racionalista”, no qual a “doutrina tradicional”, segundo suas palavras, estava inserido. Ovídio também demonstrou as consequências dessa tomada de posição para o processo civil brasileiro e, embora não seja o caso de enumerá-las uma a uma, até porque sua obra é vasta e profunda, vale referir que a veneração cognitivista por um ideal supremo de segurança jurídica num sentido de certeza absoluta impediu, durante 30 anos, que o processo civil brasileiro admitisse decisões não definitivas que proovessem sobre o mérito com base em juízos de probabilidade (antecipação de tutela), bem como as formas diferidas de contraditório, além de ter determinado uma forte aderência às demandas plenárias e à então prevalente concepção de rígida separação e dependência lógica entre processo de conhecimento e processo de execução (Ovídio A. Baptista da Silva. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica; Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*).

Estado Constitucional, consoante salienta Daniel Mitidiero, representa uma fórmula “*sintética e expressiva, na medida em que, com ela, se resume todo o contexto em que submersa em geral a cultura jurídica contemporânea*”⁴⁹³. Com efeito, a doutrina tem se referido à essa fórmula para designar a passagem do Estado Legislativo, designando não só as alterações legislativas, no campo da teoria da norma e na teoria da interpretação, mas também para diferenciá-lo do rótulo de apenas Estado de Direito. São nesse sentido, por exemplo, a doutrina de Gustavo Zagrebelsky, que leciona a respeito da passagem do Estado de Direito ao Estado Constitucional⁴⁹⁴, e de J. J. Gomes Canotilho, para quem “*o Estado constitucional não é nem deve ser apenas um Estado de direito*”⁴⁹⁵. O Estado Constitucional é algo a mais que o Estado de Direito, que cumpriu bem as exigências do constitucionalismo no sentido de limitação de poder⁴⁹⁶, é um Estado que possui “dois corações políticos”: ele é democrático e de direito⁴⁹⁷. Segundo o jurista português, isso significa que o Estado Constitucional não só limita, mas legitima os atos do poder⁴⁹⁸.

Conforme Mitidiero, o Estado Constitucional brasileiro tem como base os princípios da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica, nos termos do art. 1º, *caput*, e inciso III, da Constituição Federal⁴⁹⁹. Se um dos fundamentos do Estado Constitucional brasileiro é o princípio da dignidade da pessoa humana, que determina que seja considerada a pessoa como limite e fundamento do Estado, bem como que o Estado sirva à pessoa, e não o contrário⁵⁰⁰, então se impõe a necessidade de considerarmos a tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado Constitucional⁵⁰¹.

Diante dessa concepção que desloca o foco do Estado para a pessoa, não é possível de se pensar numa visão puramente estatalista ou publicista segundo a qual o processo serviria aos interesses do Estado⁵⁰². A evolução da compreensão de que o processo é um instrumento

493 Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 16.

494 Gustavo Zagrebelsky. *El Derecho Dúctil – ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1997, pp. 21-41.

495 J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 97.

496 J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 98.

497 J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pp. 98-100.

498 J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 100.

499 Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, pp. 16-17.

500 J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 255.

501 Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 17.

502 Diz Marinoni: “Diante das transformações da concepção do direito, não há mais como sustentar as antigas teorias da jurisdição, que reservavam ao juiz a função de declarar o direito ou de criar a norma individual,

que deve ser efetivo e ligado à realidade social, ao lado dessa mudança de foco em prol da pessoa, determina que o processo civil só possa ser pensado como um meio para a tutela dos direitos⁵⁰³. “É que a tutela – ou a proteção – *jurisdicional*”, afirma Marinoni, “*tem uma óbvia natureza instrumental em relação ao direito material*”⁵⁰⁴.

O processo, dessa forma, visto como meio, deve ser apto e estruturado a uma prestação de tutela jurisdicional adequada e efetiva às necessidades do direito material. A inserção do tema na perspectiva constitucional também sugere um outro posicionamento frente a essa questão, para que a relação entre processo e Constituição não seja vista de modo meramente formal, mas, principalmente, seja compreendida na perspectiva dos direitos fundamentais, que é o local da Constituição brasileira em que os direitos processuais estão alocados⁵⁰⁵. A inserção do tema no âmbito da metodologia dos direitos fundamentais importa trabalhar o processo na perspectiva da autoaplicabilidade dos direitos fundamentais, da proibição de proteção insuficiente e de proibição de retrocesso⁵⁰⁶. O Estado, na posição de promotor dos direitos fundamentais passa a ter o dever de estruturar o formalismo⁵⁰⁷ do processo de modo a viabilizar um processo justo, “*modelo mínimo de atuação processual do Estado*”⁵⁰⁸.

A colocação da questão na perspectiva da tutela dos direitos demonstra uma tomada de posição que, absorvendo embora a noção de processo como instrumento, distancia-se da ideia estática e estatalista do instrumentalismo, para ver no processo o ambiente de atuação dos direitos fundamentais processuais para a finalidade de dar tutela adequada, tempestiva e efetiva aos direitos. Apesar de não haver ainda uma unanimidade na doutrina nacional em relação à denominação desse novo horizonte do processo civil, o fato é que ele representa um

submetidas que eram ao princípio da supremacia da lei e ao positivismo acrílico” (*Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*, p. 138).

503 Luiz Guilherme Marinoni. *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*, pp. 114-145; *Tutela Inibitória – individual e coletiva*. 5a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 363-373.

504 Luiz Guilherme Marinoni. *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*, p. 114.

505 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. “O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais”. In: Fredie Didier Jr. *Leituras Complementares de Processo Civil*. 6a ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2008, p. 236.

506 Daniel Mitidiero. “As relações entre o processo civil e a Constituição na primeira metade do século XX e a sua breve evolução na doutrina processual civil brasileira”, p. 55.

507 Sobre o formalismo no processo civil, como a adequada divisão de tarefas entre juiz e partes, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. *Do Formalismo no Processo Civil – proposta de um formalismo-valorativo*. 3a ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

508 Ingo Sarlet; Luiz Guilherme Marinoni; Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 616. Os autores referem que a expressão processo justo revela-se mais consentânea ao modelo do Estado Constitucional, visto que o devido processo legal mostra-se mais ligada ao Estado de Direito, em que as garantias processuais eram vistas como um anteparo à atuação estatal. Ressaltam, outrossim, que a expressão tem sido utilizada no direito comparado, como *giusto processo, procès équitable, faire Verfahren, fair trial* (p. 617).

outro momento metodológico do processo civil que não se confunde com o instrumentalismo⁵⁰⁹.

Dizer que o processo civil serve à pessoa humana e à tutela dos direitos, não significa, no entanto, retroceder à mera defesa de direitos subjetivos, nem afirmar um caráter meramente privatístico do processo. O fundamental é compreender que, quando se percebe que a dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade conformam o fundamento do Estado Constitucional, e que, numa concepção lógico-argumentativa do direito o intérprete reconstrói a norma, participando, ao mesmo tempo, da decisão a respeito da aplicação do direito ao caso e da conformação do direito, não se pode dizer que as razões fornecidas pelo intérprete não impactam de alguma forma a ordem jurídica⁵¹⁰.

A tarefa jurisdicional, dessa forma, desdobra-se em duas. De um lado, a atividade jurisdicional tem a função de prestar tutela dos direitos numa dimensão particular, a dimensão das partes que estabelecem o litígio. É a função de “*resolution of disputes*”⁵¹¹, por meio do qual o caso deve ser resolvido mediante a prolação de uma decisão justa. Mas esse trabalho de decidir o caso mediante uma decisão justa abre o espaço justamente para a conformação do direito, o que é feito por meio das razões que o intérprete dá para resolução do caso, dando ensejo, por conseguinte, à uma segunda função, que é estabelecer a interpretação da norma, promovendo, numa dimensão geral, o “*enrichment of the supply of legal rules*”⁵¹². Eis aí as duas funções da jurisdição, resolver o caso, mediante decisão justa, e enriquecer a ordem jurídica, mediante a redução da equivocidade do texto jurídico por meio da prolação de precedentes⁵¹³. A primeira, volta-se às partes; a segunda, volta-se à sociedade em geral, servindo à função de orientação: “*The function of resolving disputes faces toward the parties and the past. The function of enriching the supply of legal rules faces toward the general society and the future*”⁵¹⁴. É nesse mesmo sentido que se coloca Cruz e Tucci, para quem o “*Judiciário não se presta exclusivamente para decidir conflitos concretos, mas ainda deve*

509 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira propôs a denominação dessa quarta fase como “formalismo-valorativo” (*Do Formalismo no Processo Civil – proposta de um formalismo-valorativo*, pp. XIII-XIV).

510 Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 25.

511 Melvin A. Eisenberg. *The Nature of the Common Law*, p. 4.

512 Melvin A. Eisenberg. *The Nature of the Common Law*, p. 4.

513 Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, pp. 25-28; “Fundamentação e Precedente – Dois Discursos a Partir da Decisão Judicial”. In: *Revista de Processo*, n. 206, São Paulo, 2012, p. 62; No mesmo sentido: Francisco Rosito. *Teoria dos Precedentes Judiciais – racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, pp. 232-233.

514 Melvin A. Eisenberg. *The Nature of the Common Law*, p. 7.

cuidar para que as suas decisões possam servir de orientação para casos futuros”⁵¹⁵.

Algo semelhante à necessidade de prestação de tutela aos direitos numa dimensão particular e numa dimensão geral parece ter sido percebida por Barbosa Moreira, para quem “[A] motivação das decisões judiciais, como expressão da ‘justificação formal’ dos atos emanados do Poder a que compete, por excelência, a tutela da ordem jurídica e dos direitos subjetivos, constitui garantia inerente ao Estado de Direito”⁵¹⁶.

Com Daniel Mitidiero, podemos afirmar que “*esse duplo discurso que o processo civil tem de ser capaz de desempenhar no Estado Constitucional pressupõe a construção de uma teoria do processo idônea para dar conta da necessidade de propiciarmos a prolação de uma decisão justa para as partes no processo e a formação e o respeito ao precedente judicial para a sociedade como um todo. É necessário perceber, portanto, a necessidade de um duplo discurso no processo a partir da decisão judicial – um discurso ligado às partes e um discurso ligado à sociedade. Sem esse duplo discurso, a Justiça Civil será incapaz de realizar os direitos proclamados pela ordem jurídica e de orientar de forma segura a conduta social*”⁵¹⁷.

Pensar a tutela dos direitos nessas perspectivas, pois, é prestigiar os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade, tomados como fins do Estado Constitucional. Ao mesmo tempo, vale perceber que raciocinar em termos de uma tutela dos direitos numa dimensão geral não significa reavivar a velha fórmula da tutela do direito objetivo ou da tutela da legalidade. O conceito de tutela do direito objetivo ou da legalidade tem ligação com uma visão eminentemente estatalista. Ao contrário, falar em termos de tutela dos direitos numa perspectiva geral representa, de um lado, um comprometimento imediato com um tratamento isonômico das pessoas e, de outro, servindo como meio de determinabilidade, calculabilidade e cognoscibilidade (exigências ínsitas ao princípio geral de segurança jurídica), promove indiretamente a liberdade. Essa é uma visão que é tomada também do ponto de vista da pessoa, pois, “*sem um ordenamento jurídico minimamente inteligível, estável e previsível o homem não tem como se autodeterminar, plasmando o seu presente e planejando o seu futuro com liberdade*”⁵¹⁸. Por essa via, tutelar direitos do ponto de

515 José Rogério Cruz e Tucci. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 25.

516 Barbosa Moreira. “A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito”, p. 95.

517 Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 26.

518 Humberto Ávila. *Segurança Jurídica – entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*, p.

vista geral contribui, a nosso ver, tanto para o tratamento igualitário das pessoas, quanto para um maior grau de inteligibilidade da norma, de determinabilidade de conteúdo, promovendo, outrossim, um mais elevado nível de coerência e consistência.

Finalmente, dado que tomamos a premissa de que o direito é uma atividade argumentativa, a tutela do do ponto de vista particular requer a necessidade de justificação, isto é, exige-se não só a determinação de condições de racionalidade, mediante o controle por meio de critérios argumentativos e de fundamentação, mas também de universalização⁵¹⁹. Aparecem, dessa forma, os dois discursos que se formam a partir da justificação da decisão judicial: o discurso da motivação e o discurso do precedente⁵²⁰.

2. O Discurso da Motivação a Partir da Justificação: Tutela dos Direitos em uma Perspectiva Particular Mediante a Prolação de uma Decisão Justa

2.1. A Exigência de Motivação das Decisões Judiciais

2.1.1. A Fixação no Século XVIII

Conforme leciona Taruffo, o dever de motivação das decisões judiciais fixa-se e generaliza-se na história dos ordenamentos jurídicos modernos a partir do séc. XVIII⁵²¹. Antes disso, existiram períodos em que se observou, de modo apenas difuso nas legislações e na prática anteriores, a presença da motivação das decisões judiciais, o que se verifica desde o direito romano⁵²², passando também pelos períodos da Idade Média⁵²³. É, no entanto, a partir

225.

519 Humberto Ávila. *Segurança Jurídica – entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*, p. 273.

520 Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, pp. 25-28; “Fundamentação e Precedente – Dois Discursos a Partir da Decisão Judicial”, p. 62.

521 Michele Taruffo. “Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione”, p. 37; *La Motivazione della Sentenza Civile*, pp. 319-320.

522 José Rogério Cruz e Tucci anota que as modificações verificadas no terceiro período do processo civil romano, período da *extraordinaria cognitio*, somadas à possibilidade de interposição de recurso contra atos decisórios injustos, induzem-nos à única realidade, nas suas palavras, de que as sentenças nessa última fase do processo civil romano eram motivadas. Cruz e Tucci ainda aponta que a conclusão em sentido contrário de Sauvel, em seu ensaio “Histoire du jugement motivé”, estava equivocada por ter o jurista francês examinado apenas o período do *ordo iudiciorum privatorum* (*A Motivação da Sentença Civil*, p. 33). Contra, afirmando que, no período da “procédure *extra-ordinem* du Bas-Empire, que se substitue à la procédure formulaire et qui sera à l’origine de la procédure romano-canonique”, as sentenças não eram motivadas, Phillippe Godding. “Jurisprudence et motivation des sentences, du Moyen Âge à la fin du 18e siècle”. In: Ch. Perelman; P. Foriers (orgs.). *La Motivation des Décisions de Justice*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1978, p.

da metade do séc. XVIII, com o *Codex Fredericanus Marchius* e, mais tarde, com a legislação francesa de 1790 e com o art. 208 da Constituição do ano III que o dever de motivação é positivamente configurado⁵²⁴ para, a partir daí, passar a não ser mais questionado⁵²⁵. Consoante refere Taruffo, o dever de motivação das decisões judiciais introduzido nesse período coloca-se no contexto de uma obra de racionalização da atividade judiciária que apareceu em diversos Estados europeus, em parte sob o pano cultural do iluminismo, em parte sob cenário político voltado a eliminar as estruturas do antigo regime com a finalidade de substituí-lo por uma organização judiciária e processual mais simples, unitária e centralizada⁵²⁶.

As principais reformas do séc. XVIII, afirma o jurista italiano, tiveram basicamente dois ânimos. O primeiro ânimo foi o de exigência de racionalidade e de organização centralizada da atividade judiciária. A inspiração veio do racionalismo e da burocratização típicos do despotismo iluminado e, fundando-se numa concepção da motivação como um instrumento, no sentido de que, nessa concepção, serve para facilitar a conexão entre a sentença e a impugnação; serve às partes que, conhecendo os motivos da decisão, podem melhor impugná-la; serve, por fim, ao juiz da instância superior, que poderá melhor julgar se conhecer as razões do juiz que pronunciou a sentença. De outro lado, no âmbito da organização judiciária que se estrutura num princípio de ordem hierárquica e burocrática, a motivação proporciona um controle vertical sobre a atividade dos juízes, exigência própria de um Estado centralizado⁵²⁷. Essa compreensão do fundamento da exigência de motivação das decisões judiciais aparece na Áustria e na Prússia e se compatibiliza com uma concepção segundo a qual a motivação deve ser apresentada somente quando as partes queiram impugnar

46.

523 Para um acurado exame histórico, José Rogério Cruz e Tucci, que traça o panorama desde o direito romano-visigótico até às fontes hispano-lusitanas (*A Motivação da Sentença Civil*, pp. 34-53). Também para uma abordagem histórica: Michele Taruffo. “L’Obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo”. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1974; Fulvio Mancuso. “Per la storia della motivazione della sentenza nei secoli XVI-XVIII (Note in margine a studi recenti con il testo di una sentenza del 1299)”. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, Marzo, 1995; Ana de Lourdes Coutinho Silva. *Motivação das Decisões Judiciais*. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 60-94; Phillipe Godding. “Jurisprudence et motivation des sentences, du Moyen Âge à la fin du 18e siècle”. In: Ch. Perelman; P. Foiriers (orgs.). *La Motivation des Décisions de Justice*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1978.

524 Michele Taruffo. “Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione”, p. 37.

525 Phillipe Godding. “Jurisprudence et motivation des sentences, du Moyen Âge à la fin du 18e siècle”, p. 67.

526 Michele Taruffo. “Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione”, p. 37.

527 Michele Taruffo. “Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione”, p. 38.

a sentença e, também, com a ideia de motivação sem publicidade⁵²⁸.

O segundo ânimo, que não exclui a função de racionalização da atividade judiciária, mas, segundo Taruffo, a supera, foi o de motivação das decisões como garantia, ideia que advém da ideologia político-democrática que aflora no iluminismo e se manifesta sobretudo na Revolução Francesa⁵²⁹. Com efeito, o dever de motivação encontra menos espaço entre as formulações dos filósofos do iluminismo e mais na situação política concreta, apta a afirmar o dever de motivar com a finalidade do controle democrático da atividade judicial⁵³⁰. A verdadeira razão da obrigação da motivação, nessa segunda concepção, é assegurar o controle externo pelo povo sobre o modo como os juízes exercitam o poder a eles confiado. Também nessa perspectiva, “*la motivazione è strumento, ma è strumento che garantisce il controllo democratico diffuso sulla fondatezza e sulla legalità della decisione. L'obbligo di motivazione è dunque elemento essenziale di un'ideologia democratica della giustizia, cui appartengono altri principi fondamentali, come ad es. quello della pubblicità delle procedure giudiziarie*”⁵³¹.

Relativamente ao chamado primeiro ânimo, conforme Taruffo, a prática que se havia consolidado nos países de língua germânica concebia o dever de motivação das sentenças, mas, embora fossem redigidas e inseridas as *rationes decidendi*, os atos do processo eram secretos, de modo que se excluía do conhecimento das partes a motivação das decisões⁵³². O propósito para a inserção da motivação, no contexto de atos secretos, era comunicar as razões da decisão aos juízes superiores, na hipótese de impugnação da sentença.

Na Prússia, a introdução do dever de motivação deveu-se ao espírito reformador e unitário das normas processuais de Frederico II, que culminou no projeto redigido por Samuel von Coccej, conhecido como *Project des Codicis Fridericiani Marchici*, publicado em 1748, que regulava a prática judiciária⁵³³. Conforme leciona Taruffo, o *Codex Fredericianus* inspirou-se no processo do direito comum e recepcionou elementos da praxe judiciária⁵³⁴. Foi o que ocorreu, por exemplo, com a relação escrita preparatória da decisão, confiada a um julgador chamado *Referent*, diverso do juiz que conduzira a instrução: além da exposição das

528 Michele Taruffo. “Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione”, p. 38.

529 Michele Taruffo. “Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione”, p. 38.

530 Fulvio Mancuso. “Per la storia della motivazione della sentenza nei secoli XVI-XVIII (Note in margine a studi recenti con il testo di una sentenza del 1299)”, p. 287.

531 Michele Taruffo. “Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione”, pp. 38-39.

532 Michele Taruffo. “L'Obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo”, p. 272.

533 Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 328.

534 Michele Taruffo. “L'Obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo”, p. 273.

questões de fato e de direito, do desenvolvimento do processo e do resultado das provas, o *Referent* deveria exprimir as *rationes decidendi & dubitandi* a respeito da resolução do caso, bem como sua própria opinião motivada, destinada a constituir a motivação da decisão final, se a maioria do colégio de juízes superiores concordarem com a decisão do *Referent*. Estabeleceu-se, com isso, o dever de motivar a decisão judicial. Embora seja verdade que o *Codex* não adotou a prática de atos processuais secretos, o fato é que não enfrentou de modo satisfatório o problema da publicação da decisão, já que a sentença era lida em audiência, porém sem a necessidade de intimação das partes para comparecimento (*absque citatione partium*)⁵³⁵. A reforma do *Codex Fridericianus* coloca-se, com efeito, no quadro de uma típica manifestação do despotismo iluminado⁵³⁶, representando a simplificação, unificação e organização da atividade jurisdicional, além de uma estruturação centralizadora dos órgãos jurisdicionais. Percebe-se que o objetivo não é o de servir a um propósito de controle democrático do exercício do poder, mas de garantir um controle burocratizado e centralizado sobre a administração da justiça, imposto no quadro de uma concepção de centralização do poder⁵³⁷. A motivação, neste quadro, revela-se instrumento pelo qual as estruturas estatais de poder mantêm o juiz controlado e vinculado a seu serviço.

O problema da publicação da sentença relativamente à garantia de conhecimento das partes é resolvido com o *Allgemeine Gerichtsordnung für die Preussischen Staaten*, de 1781. Manteve-se regulada a atuação do *Referent*, consistente na completa exposição do desenvolvimento processual e das razões que justificam o seu *votum*, que compõem a base que será objeto de debate por parte do colégio de juízes e, ainda, que conformarão a motivação da sentença, caso a decisão do colégio seja conforme à do *Referent*. Impôs-se o dever de motivação não só da sentença, mas de todas as decisões incidentais no processo. Com o *Allgemeine Gerichtsordnung*, contudo, estabeleceu-se a necessidade de que a sentença fosse lida na presença das partes. Para Taruffo, o *Allgemeine Gerichtsordnung* não representa uma clara superação das lacunas deixadas pelo *Codex*, mas representa já uma abordagem moderna a respeito do problema da motivação e publicação das decisões⁵³⁸. Segue-se a ideia da motivação como fator de racionalização do juízo e de ordenação da

535 Michele Taruffo. “Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione”, p. 38.

536 Michele Taruffo. “L’Obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo”, p. 276.

537 Ennio Amodio. “L’Obbligo costituzionale di motivazione e l’istituto della giuria (a proposito di un recente contributo dottrinale)”. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1970, p. 447; Michele Taruffo. “L’Obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo”, p. 276.

538 Michele Taruffo. “L’Obbligo di motivazione...”, p. 277.

atividade jurisdicional, a fim de dar conhecimento às partes e aos juízes superiores das razões da decisão; mantém-se, contudo, a ausência de uma concepção da motivação que possa compreendê-la como um instrumento de controle difuso e externo sobre a atividade dos órgãos jurisdicionais.

Relativamente à França, um primeiro aparecimento do dever de motivação das decisões judiciais veio com o decreto de 8 de maio de 1788, no qual se determinou que as sentenças penais condenatórias deveriam enunciar e qualificar expressamente os crimes e os delitos⁵³⁹. O reconhecimento pleno do dever de motivação aparece com a lei 16-24 de agosto de 1790, relativa à organização judiciária, em que se determinou que todos os julgamentos de apelo – civis ou penais – fossem exprimidos em diferentes partes, sendo que a terceira deveria conter os resultado dos fatos reconhecidos ou constatados pela instrução e os motivos que determinassem o julgamento deveriam ser expressados⁵⁴⁰. Determinação semelhante foi estabelecida no art. 208 da Constituição do Ano III, que impôs que todas as decisões deveriam ser motivadas⁵⁴¹, sendo essa a primeira vez que aparece a exigência de referir as disposições legais⁵⁴². Na Lei de 20 de abril de 1810, finalmente, a desatenção ao dever de motivação passa a ser sancionado com nulidade⁵⁴³.

Nesse panorama, conforme Taruffo esclarece, há estreita correlação entre a concepção iluminista do princípio da legalidade e o dever de motivação, uma vez que esse ideal político correria o risco de ser anulado se o juiz não fosse obrigado a demonstrar que em cada caso decidiu de acordo com a lei⁵⁴⁴. Mas, se os pensadores do iluminismo tiveram em conta apenas esta concepção abstrata da motivação, a opinião pública percebeu que na realidade a motivação de sentença joga um papel de garantia, independentemente do modo por meio do qual se configura o mecanismo de aplicação da lei.

Embora a robusta crítica operada pelos pensadores do iluminismo contra as instituições judiciárias do antigo regime, Taruffo conclui que a inserção do dever de motivação no ordenamento processual francês é fruto muito mais do ambiente político da Revolução do que propriamente de uma elaboração jurídico-filosófica dos pensadores do

539 Phillipe Godding. “Jurisprudence et motivation des sentences, du Moyen Âge à la fin du 18e siècle”, p. 66.

540 Phillipe Godding. “Jurisprudence et motivation des sentences, du Moyen Âge à la fin du 18e siècle”, p. 67; Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 325.

541 Phillipe Godding. “Jurisprudence et motivation des sentences, du Moyen Âge à la fin du 18e siècle”, p. 67; Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 325.

542 Phillipe Godding. “Jurisprudence et motivation des sentences, du Moyen Âge à la fin du 18e siècle”, p. 67.

543 Phillipe Godding. “Jurisprudence et motivation des sentences, du Moyen Âge à la fin du 18e siècle”, p. 67.

544 Michele Taruffo. “L’obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo”. In: *Rivista di Diritto Processuale*, v. 29. Padova: Cedam, 1974, p. 269., n. 17.

iluminismo⁵⁴⁵. A formulação normativa de um dever geral de motivação fundamenta-se em uma constatação de como as práticas do *ancien régime* revelavam-se exercício arbitrário de poder, o que se verificava também pela ausência de motivação das decisões judiciais⁵⁴⁶. Dessa forma, surge a compreensão política segundo a qual o controle democrático sobre o exercício do poder deve-se dar também na administração da justiça. A reforma francesa inspirou a formação das repúblicas jacobinas na Itália entre 1796 e 1799, em cujas Constituições o princípio da obrigatoriedade da motivação aparece elencado entre os princípios fundamentais sobre a administração da justiça.

2.1.2. A Presença nas Legislações do Séc. XIX

Segundo afirma Taruffo, as codificações do séc. XIX replicam aquele primeiro ânimo que determinou a consolidação do dever de motivação das decisões judiciais, porém deixam de considerar o segundo ânimo, sendo que a explicação histórica, no que se refere pelo menos aos países de língua germânica, foi a continuidade do fenômeno ocorrido nas codificações do séc. XVIII⁵⁴⁷. Na França, no entanto, verificou-se que as reformas napoleônicas replicaram apenas em uma mínima parte a ideologia revolucionária, mantendo mais fortes as concepções da motivação como fator de manutenção da estrutura burocrática e centralizada da organização judiciária⁵⁴⁸. Os estatutos napoleônicos, com efeito, não continham o dever de motivação das decisões judiciais, debilitando-se, conseqüentemente, a concepção de controle democrático da justiça, o que se estendeu para outros países, como, por exemplo, a Itália, onde as repúblicas jacobinas, conforme salienta Taruffo, foram substituídas pelos estados napoleônicos⁵⁴⁹. Com efeito, aponta Evangelista que, a exemplo, a legislação de 1774 do Reino de Nápoles, que previa o dever de motivação das sentenças, veio a ser revogada em

545 Taruffo. *La Motivazione...*, p. 326. Taruffo cita passagem do autor francês Condorcet (*Réflexions d'un citoyen non gradué sur un procès bien connu*, Fráncfort, 1786) em que este afirma, em época relativamente contemporânea à Revolução Francesa, que o dever de motivação das sentenças penais é resultado de uma responsabilidade moral e que o juiz deve considerar, em seu juízo, a forma em que exerce o poder que a sociedade lhe outorgou, para fundamentar a tese de que o dever de motivação na França possui mais motivos políticos do que doutrinários ou filosóficos. Segundo Taruffo, não só pelo fato de ser um escrito "ocasional", mas também por se colocar já no ambiente cultural da Revolução, demonstra a falta de percepção do problema por parte do iluminismo jurídico francês.

546 Michele Taruffo. "L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo", p. 271.

547 Michele Taruffo. "Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione", p. 39.

548 Michele Taruffo. "Il significato costituzionale dell'obbligo di motivazione", p. 39.

549 Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 336.

1789⁵⁵⁰.

O que se verificou, dessa forma, foi que a subtração da previsão constitucional do dever de motivação para a manutenção meramente infraconstitucional (permaneceu prevista no art. 141 do CPC napoleônico) foi representativa da visão da motivação como instrumento meramente técnico-processual, mais coerente com o clima político da era napoleônica e da restauração dos regimes italianos e europeus posteriores, distanciando-se, com isso, da concepção de motivação como controle democrático do poder⁵⁵¹. É interessante perceber, consoante salienta Evangelista, que a legislação do Reino de Napoli, que conforme referido foi revogada, tinha como fundamento o controle democrático pelo povo, já que previa expressamente a razão do dever de motivação das sentenças no controle da sua correção pela opinião pública. Dizia a legislação: “*Per togliere alla malignità e alla frode qualunque pretesto, ed assicurare nell'opinione del pubblico la esattezza e la religiosità dei magistrati, vuole la Maestà Sua, ache sull'esempio e sull'uso dei tribunali più renomati, che in qualunque decisione che riguardi o la causa principale, o gli incidenti, fatta da qualunque tribunale di Napoli, o collegio, o giunta, o altro giudice della stessa capitale, che abbia la facoltà di decidere, si spieghi la ragione di decidere o siano i motivi sui quali la decisione è appoggiata*”⁵⁵².

No que respeita à Itália, após um período de difusão de legislações esparsas sob influência napoleônica, a definitiva unificação da legislação processual aparece com a previsão da motivação no art. 346 do CPC de 1865⁵⁵³. Enquanto na Prússia permanece a previsão da obrigatoriedade de motivação estabelecida na *Allgemeine Gerichtsordnung* de Frederico II⁵⁵⁴, na França, conforme referido, o art. 7º da Lei de 20 de abril de 1810 determina que as sentenças não motivadas são cominadas de nulidade⁵⁵⁵. De resto, pode-se dizer que o dever somente se estabelece a partir das codificações da segunda metade do séc. XIX, como, por exemplo, da Baviera, onde é introduzido em 1869 com a *Prozessordnung*, e Áustria, cuja motivação fora proibida até a promulgação da *Civilprozessordnung* de 1895⁵⁵⁶.

550 Stefano Evangelista. “Motivazione della sentenza civile”. In: *Enciclopedia del Diritto*. v. 37. Milano: Giuffrè, 1977, p. 154.

551 Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 337.

552 Stefano Evangelista. “Motivazione della sentenza civile”, p. 154.

553 Stefano Evangelista. “Motivazione della sentenza civile”, p. 155.

554 Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 340.

555 Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 340; Phillipe Godding. “Jurisprudence et motivation des sentences, du Moyen Âge à la fin du 18e siècle”, p. 67.

556 Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 340.

2.1.3. O Cenário Geral Atual do Dever de Motivação

2.1.3.1. O Panorama Atual na Perspectiva Comparada

O atual cenário geral do dever de motivação permite observar que, no plano do direito positivo, há três distintas situações. Há países em que há previsão constitucional, países em que há previsão na legislação infraconstitucional e países em que não há nenhuma previsão positivada em termos legislativos do dever de motivação das decisões judiciais por parte dos órgãos jurisdicionais. Apesar de se ter visto uma difusão em termos legislativos da influência germânica e francesa no que concerne ao dever de motivação nos países ocidentais, e de se ter percebido uma tendência propagada de colocação da questão no plano constitucional, na Europa em poucos ordenamentos o preceito foi elevado ao plano constitucional.

Nem mesmo a França, pioneira com o art. 208 da Constituição do ano III, manteve a previsão na Constituição de 1958. O dever de motivação encontra-se no plano infraconstitucional, mais precisamente no art. 455 do CPC francês, que determina que os julgamentos devem ser motivados⁵⁵⁷. Ao contrário, na Europa continental o dever de motivação foi inserido no plano constitucional na Itália, Espanha e Portugal. Com relação à Itália, há previsão constitucional no art. 111, *comma* 6⁵⁵⁸ e também infraconstitucional, já que o art. 132, *comma* 4, do CPC italiano impõe que a sentença deve conter “*la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione*”. Questão que se colocou para a doutrina e para a jurisprudência foi da compatibilidade entre o art. 135 do CPC italiano com o posterior art. 111 da Constituição, uma vez que o art. 135 do CPC determina que, salvo algumas exceções, os *decreti* – provimentos que se assemelham às nossas decisões interlocutórias -, não são motivados. Doutrina de relevo posicionou-se no sentido de que, para que houvesse compatibilidade com a Constituição italiana, seria necessária a motivação de todos os *decreti* que influenciassem no desenvolvimento do processo e na posição processual das partes⁵⁵⁹. Seguindo por essa linha, a jurisprudência dos tribunais italianos construiu o dever de motivação com direta referência à Constituição e, assim, aplicável também aos

557 Art. 455: “Le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Cet exposé peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date. Le jugement doit être motivé”.

558 “Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati”.

*decreti*⁵⁶⁰.

Em Portugal, alinhando-se à solução italiana, o direito à motivação conta com previsão constitucional no seu art. 205, segundo o qual “as decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma da lei”. A previsão infraconstitucional está no art. 158 do CPC português, que estabelece que “as decisões proferidas sobre qualquer pedido controvertido ou sobre alguma dúvida suscitada no processo são sempre fundamentadas” e que “a justificação não pode consistir na simples adesão aos fundamentos alegados no requerimento ou na oposição”. Já na Espanha, determina o art. 120, 3, da Constituição, que “[L]as sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública”.

Na Alemanha, não há previsão constitucional de que as decisões judiciais devam ser motivadas, mas somente infraconstitucional. O § 313, 1, da ZPO, estabelece que a sentença deverá conter: o dispositivo, os fatos e os fundamentos da decisão⁵⁶¹. Esclarece o n. 3 do § 313 que os motivos da decisão deverão conter um resumo dos motivos nos quais se assentou a decisão tanto no seu aspecto fático quanto jurídico⁵⁶². Embora a previsão infraconstitucional a respeito das sentenças, não há previsão concernente às demais decisões, isto é, àquelas incidentais, semelhantes aos *decreti* italianos⁵⁶³. A jurisprudência, no entanto, em vista da Constituição alemã, tratou de estabelecer o dever de motivação a todas as decisões judiciais, como uma exigência derivada da ideia de que o Estado de Direito é um Estado que se justifica⁵⁶⁴. Com efeito, a perspectiva adotada é a de que os cidadãos têm o direito de conhecer os motivos sobre os quais se baseia uma decisão que vai incidir sobre uma posição jurídica sua, conforme refere Trocker, em tradução de decisão do Tribunal Constitucional Alemão: “*eccezioni all'obbligo di motivazione non sono conciliabili con un principio dello Stato di diritto; il cittadino há diritto di conoscere i motivi e le ragioni sulle quali si basa un atto che viene ad incidere sulla sua posizione giuridica; solo per tal via sarà in grado di tutelare adeguatamente i propri diritti*”⁵⁶⁵.

No *common law*, por sua vez, uma ausência de previsão legislativa do dever de

559 Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 397.

560 Mauro Cappelletti; Vincenzo Vigoritti. “Fundamental guarantees of the litigants in civil proceedings: Italy”. In: Mauro Cappelletti; Denis Tallon (orgs.). *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*. Milano: Giuffrè, 1973, p. 557.

561 José Rogério Cruz e Tucci. *A Motivação da Sentença no Processo Civil*, p. 79.

562 José Rogério Cruz e Tucci. *A Motivação da Sentença no Processo Civil*, p. 80.

563 Nicolò Trocker. *Processo Civile e Costituzione*, p. 460.

564 Nicolò Trocker. *Processo Civile e Costituzione*, p. 462; Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 358; Barbosa Moreira. “A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito”, p. 89.

565 Nicolò Trocker. *Processo Civile e Costituzione*, p. 461.

motivação das decisões judiciais sempre foi acompanhada, conforme refere Jolowicz, de uma prática que explica que nem o legislador, nem a jurisprudência tenha formulado uma regra expressa⁵⁶⁶. Verifica-se, com efeito, a tendência cada vez maior de considerar a motivação como um elemento necessário do *fair trial*, a configurar algo parecido com um dever geral de obrigatoriedade da motivação. A crítica que se lança à ausência de uma previsão legislativa expressa a respeito do dever de motivação é que a motivação espontânea não permite um verdadeiro controle sobre os fundamentos da decisão. O problema nesses ordenamentos, portanto, passa a ser não a ausência de uma obrigação geral de motivar, mas a falta de uma norma que garanta à parte o direito de exigir uma motivação adequada e idônea⁵⁶⁷. De toda forma, uma mudança a respeito do dever implícito de motivação nos ordenamentos de *common law* é, conforme refere Jolowicz, impensável, já que, como os precedentes não prescindem da *ratio decidendi*, o sistema de *case law* ruiria⁵⁶⁸. Referem Cross e Haris, com efeito, que uma decisão sem fundamentos não comportaria força vinculante e citam decisão de 1661, segundo a qual “*precedents sub silencio and without argument are of no moment*”⁵⁶⁹. Neil Andrews, com efeito, refere que há na Inglaterra um dever de motivação por parte do órgão jurisdicional que advém tanto do *common law* quanto da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁵⁷⁰.

2.1.3.2. Motivação como Direito Fundamental

A doutrina processual tem inserido o direito à motivação das decisões judiciais no plano dos direitos fundamentais⁵⁷¹. A sua colocação nesse patamar está ligada à avaliação do contexto constitucional no qual está inserido o que nos permite, nesse momento, a avaliação a respeito do direito brasileiro⁵⁷². Segundo Ingo Sarlet, a fundamentalidade dos direitos

566 J. A. Jolowicz. “Fundamental guarantees in civil litigation: England”. In: *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*. Coord. Mauro Cappelletti & Denis Tallon. Milano: Giuffrè, 1973, p. 168.

567 Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 368.

568 J. A. Jolowicz. “Fundamental guarantees in civil litigation: England”, p. 169.

569 Rupert Cross; J. W. Harris. *Precedent in English Law*, p. 158.

570 Neil Andrews. “Decisões judiciais e o dever de fundamentar”. In: *Revista de Processo*. n. 192. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 126.

571 Ingo Sarlet; Luiz Guilherme Marinoni; Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*, p. 665; José Rogério Cruz e Tucci. *A Motivação da Sentença no Processo Civil*, p. 23; Carlos Alberto Alvaro de Oliveira; Daniel Mitidiero. *Curso de Processo Civil*, p. 12.

572 Ingo Sarlet refere que “no sentido-jurídico constitucional, determinado direito é fundamental não apenas pela relevância do bem jurídico tutelado considerado em si mesmo (por mais importante que o seja), mas especialmente pela relevância daquele bem jurídico na perspectiva das opções do Constituinte, acompanhada da atribuição da hierarquia normativa correspondente e do regime jurídico-constitucional assegurado pelo

fundamentais poder ser avaliada em dois sentidos, no formal e no material, sendo que a fundamentalidade formal está ligada ao direito constitucional positivo, ao passo que a fundamentalidade material vincula-se à análise do seu conteúdo, ou seja, sobre a questão de conter ou não decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, no que condiz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana⁵⁷³.

No Brasil o direito à motivação está previsto constitucionalmente no art. 93, IX, da CF, segundo o qual “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”. Embora não localizado no rol de direitos e garantias fundamentais, o direito brasileiro, no art. 5º, §2º, da CF, estabelece um catálogo aberto de direitos fundamentais dispersos no texto constitucional, o que impõe a tarefa principal de avaliar a fundamentalidade material do direito à motivação das decisões judiciais.

A exigência de que o órgão jurisdicional motive suas decisões nasce, conforme refere Taruffo, da crise da ideia de um Estado autoritário, do fortalecimento no decorrer da história da compreensão de que a justiça não é manifestação da vontade de um soberano, ou do *Führerprinzip*, mas é resultado do exercício de poder delegado pelo povo⁵⁷⁴. Se o poder emana do povo, resulta do poder que o povo delegou ao juiz e que, portanto, não pode ser arbitrário. É precisamente isso o que marca, aliás, a passagem de um Estado absoluto ou totalitário ao Estado de Direito: a inadmissibilidade de um poder absoluto ou oculto do Estado⁵⁷⁵. No plano da jurisdição, isso significa que as decisões judiciais justificam-se não como exercício de autoridade absoluta, mas na medida em que os juízes prestam contas do modo como exercitam o poder⁵⁷⁶, expressando a motivação uma manifestação específica do que Taruffo denominou de “princípio de controlabilidade”⁵⁷⁷. No quadro do Estado constitucional, o exercício do poder está fincado na sua legitimação democrática, o que implica, por consequência, a noção de que os atos do poder devem ser transparentes – Taruffo refere-se à *maximale Diskutierbarkeit*⁵⁷⁸. A motivação legitima a atividade jurisdicional⁵⁷⁹. O

Constituinte às normas de direitos fundamentais”. Ingo Sarlet; Luiz Guilherme Marinoni; Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*, p. 268.

573 Ingo Sarlet; Luiz Guilherme Marinoni; Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*, p. 266-268.

574 Michele Tatuffo. “Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione”, p. 41.

575 Michele Tatuffo. “Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione”, p. 41.

576 Michele Tatuffo. “Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione”, p. 41.

577 Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 405.

578 Michele Tatuffo. “Il significato costituzionale dell’obbligo di motivazione”, p. 41; *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 412-414.

579 Ana de Lourdes Coutinho Silva. *Motivação das Decisões Judiciais*, p. 98.

Estado constitucional é um estado que se põe necessariamente como justificativo, ou seja, como forma política que se legitima por justificar o modo do exercício do poder, pois “o problema da legitimidade da tutela jurisdicional, no Estado contemporâneo, está em verificar se é possível justificar a decisão do juiz”⁵⁸⁰.

O direito à motivação aparece atualmente vinculado ao plano das garantias que as constituições democráticas asseguram às pessoas⁵⁸¹ e vem geralmente fundamentado na necessidade de que o exercício do poder estatal seja justificado – Trocker refere, no âmbito do direito alemão, que se trata da expressão de uma reserva geral de justificação (*allgemeiner Rechtfertigungsvorbehalt*)⁵⁸². Com efeito, ainda que não examinando especificamente cada sistema constitucional, parece possível avaliar a fundamentalidade do direito à motivação inclusive num panorama geral. Entende-se, por exemplo, que haja no plano internacional e nos tratados regionais um direito supranacional de motivação. É a compreensão que se encontra no âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos: “*The right to a reasoned decision is rooted in a more general principle embodied in the Convention, which protects an individual from arbitrariness; the domestic decision should contain reasons that are sufficient to reply to the essential aspects of the party’s factual and legal – substantive or procedural – argument (Ruiz Torija v. Spain, §§29-30)*”⁵⁸³.

É por essas razões que, embora não colocada no rol de direitos e garantias fundamentais, a motivação das decisões judiciais configura-se, no direito brasileiro, como um direito fundamental. É inerente à ideia de Estado Constitucional⁵⁸⁴ e aparece como uma manifestação do princípio democrático e da soberania popular, inseridos no quadro constitucional brasileiro no art. 1º, *caput*, e parágrafo único, da CF. Segue, com isso, uma tendência mais ampla no sentido de compreender a motivação como direito fundamental ligado à não arbitrariedade e aos direitos de liberdade: “*Efectivamente, en los Estados de*

580 Luiz Guilherme Marinoni. *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*, p. 127.

581 “Il principio do obbligatorietà della motivazione dei provvedimenti giurisdizionali si inserisce nel sistema di garanzie, che le costituzioni democratiche creano a tutela delle situazione giuridiche dei singoli nei confronti del potere statale, ed in particolare nei confronti delle manifestazioni che questo conosce attraverso la giurisdizione” (Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 398).

582 “Sembra quindi che un obbligo generale di motivazione – inteso come espressione di una 'riserva generale di giustificazione – (*allgemeiner Rechtfertigungsvorbehalt*) per i pubblico poteri e come 'garanzia di defesa' per il cittadino – sia senz'altro desumibile dai principi informativi della Costituzione e riguardi tanto gli atti amministrativi come gli atti del potere giudiziario che intaccano la sfera giuridica di un soggetto. Lo Stato di diritto, insomma, si configura come uno 'Stato che si giustifica' (*Rechtsstaat als rechtfertigender Staat*)” (Nicolò Trocker. *Processo Civile e Costituzione*, p. 462).

583 Dovydas Vitkauskas; Grigoriy Dikov. *Protecting the Right to a Fair Trial under the European Convention on Human Rights – Council of Europe human rights handbooks*. Strasbourg: Council of Europe, 2012, p. 70.

584 Ingo Sarlet; Luiz Guilherme Marinoni; Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*, p. 665.

*Derecho contemporáneos, la motivación de las sentencias es una exigencia de los derechos fundamentales para que no se produzca la arbitrariedad del Poder, para controlarlo y para garantizar jurídicamente los derechos y libertades de los ciudadanos*⁵⁸⁵.

2.2. A Motivação Relacionada à Prolação de Decisão Justa

2.2.1. Sede Material da Justificação e Discurso Voltado à Tutela dos Direitos em uma Perspectiva Particular

Embora seja correto dizer que o problema da interpretação não toca unicamente ao aplicador, uma vez que pode ser enfrentado do ponto de vista do cientista⁵⁸⁶, o fato é que, pelo menos no âmbito do processo, “*interpretação e aplicação do direito são uma só operação*”⁵⁸⁷. É em função da necessidade de resolver disputas judiciais que aparece a necessidade de prolação de decisões judiciais⁵⁸⁸. É pressuposto necessário da aplicação a interpretação⁵⁸⁹. Disso decorre que a conexão entre justificação e motivação como discurso do caso está em que, no processo, a interpretação é consequência da provocação para a aplicação do direito com o fim de que seja prolatada uma decisão justa para o caso concreto posto a julgamento. A motivação, nesse contexto, aparece como a sede material da justificação: é onde, no processo, o órgão jurisdicional concretiza em ato material a justificação, justificando – com o perdão da redundância – por meio de um discurso racional e escrito, as razões que motivaram a reconstrução normativa e as provas que demonstraram a ocorrência de elementos factuais⁵⁹⁰, com vistas à prolação de uma decisão justa. Surge, ao mesmo tempo, portanto, a necessidade de prolação de uma decisão justa para o caso posto a julgamento.

A justificação da decisão aparece, nesse contexto, intimamente ligado não só à noção

585 Maria Isabel Garrido Gómez. “La predecibilidad de las decisiones judiciales”. In: *Revista Ius et Praxis [online]*. n. 1, 2009. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19711346003>. Data da consulta: 08.03.2014.

586 Humberto Ávila. “Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo”, p. 192.

587 Eros Roberto Grau. *Por Que Tenho Medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*, p. 31. O autor chega a referir que o problema da interpretação do direito não decorre unicamente da contingência de que a linguagem jurídica é ambígua e imprecisa, mas da razão de que é necessário aplicá-lo (p. 31).

588 “Legal decisions presuppose legal disputes” (Neil MacCormick. *Rhetoric and the Rule of Law*, p. 146).

589 “L'interpretazione è pressuposto necessario dell'applicazione” (Riccardo Guastini. *Interpretare e Argomentare*, p. 405).

590 Humberto Ávila. *Segurança Jurídica*, p. 332.

de contenção de arbitrariedade, inerente e assente desde a concepção de Estado de Direito, mas também à necessidade de que seja prolatada uma decisão justa para o caso concreto. Aulis Aarnio refere a esse propósito que “[D]ecisions may be nonarbitrary and yet deliberately and systematically (substantially) wrong. In this case the decisions do not fulfill the criteria of just decision making. One could also easily imagine that a decision is just even though it came about at random”. A argumentação envolvida no processo de justificação, com efeito, “dirigi-nos – sempre condicionada por um indispensável conjunto prévio de textos – para a obtenção de decisões justas”⁵⁹¹. Uma vez que o processo de interpretação envolve escolhas, o problema da justiça da decisão, na visão de Taruffo, está ligado ao da adequação da solução: “Se il problema della decisione consiste nella scelta fra più ipotesi di decisione, si può dire che il problema della decisione giusta corrisponde al problema della scelta della decisione migliore”⁵⁹². A partir daí, entende-se que a questão que envolve o discurso da motivação deve ser vista sob o ponto de vista de que a sua estrutura dê conta da necessidade de demonstração, por meio da elaboração de critérios, de que a decisão adotada pode ser considerada a melhor e, portanto, justa⁵⁹³.

Pensar a motivação como sede material da justificação e como discurso ligado a decidir o caso de forma justa - isto é, voltado à tutela dos direitos numa perspectiva particular, a perspectiva das partes -, significa dizer que a adoção, no plano teórico, de uma noção não cognitivista do direito (que aumenta a exigência de justificação), tem, como reflexo imediato e correspondente no plano do processo (da aplicação concreta do direito), uma igual elevação de exigências no campo da motivação da decisão judicial⁵⁹⁴. A elevação das exigências de justificação decorrentes de uma concepção lógico-argumentativa do direito é diretamente proporcional à necessidade de elaboração de um mais acurado discurso da motivação (mais adequado a demonstrar as escolhas adotadas pelo intérprete no curso da atividade interpretativa). Refere a doutrina: “O impacto da tripla mudança no campo da fundamentação das decisões judiciais é muito significativo. A passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional impõe fundamentação analítica para a aplicação de princípios e regras

591 António Cortês. “Fundamentos e limites da argumentação jurídica: uma reflexão sobre o direito e a justiça”, p. 398.

592 Michele Taruffo. “Idee per una teoria della decisione giusta”. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 2. Milano: Giuffrè, 1997, p. 319.

593 Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, pp. 27-28.

594 Michele Taruffo. “Idee per una teoria della decisione giusta”, p. 319. Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 28.

*mediante postulados normativos para a caracterização de termos indeterminados, com eventual construção de consequências jurídicas a serem imputadas aos destinatários das normas*⁵⁹⁵.

A prolação de uma decisão justa tem endereço voltado à resolução do caso concreto e, portanto, às partes. Compõe, conforme visto anteriormente, um dos fins do processo civil no Estado Constitucional. É claro, no entanto, que a tutela dos direitos numa perspectiva particular não se exaure com a estruturação de um dever de motivação que atenda às exigências de justificação das escolhas adotadas no processo interpretativo. Conforme refere Marinoni: “*Não basta ao juiz compreender e conformar a lei de acordo com as normas constitucionais, concluindo que o autor tem um direito que deve ser tutelado. Cabe à jurisdição dar tutela aos direitos, e não apenas dizer quais direitos merecem proteção*”⁵⁹⁶. Uma vez que dar tutela aos direitos é outorgar-lhes proteção, exceto quando o autor pede sentença declaratória ou (des)constitutiva, a prolação da decisão não é suficiente para prestar tutela do direito⁵⁹⁷ e, portanto, mostra-se necessária a adoção de técnicas executivas adequadas à efetiva realização do direito material⁵⁹⁸. O que se quer dizer, ao contrário, é que a justificação da decisão judicial permite a construção de um discurso ligado ao processo justo das partes⁵⁹⁹. A motivação, nessa perspectiva, é um dos requisitos necessários para o cumprimento da finalidade de tutela dos direitos numa perspectiva particular – é, na justificação, o discurso voltado a essa finalidade⁶⁰⁰.

2.2.2. Função Endoprocessual e Função Extraprocessual

Antes de prosseguir para examinar de que modo esse aumento de exigência da justificação provoca, no processo, uma igual elevação de estruturação da motivação das decisões judiciais, entendemos pertinente fazer uma referência explicativa a respeito das

595 Ingo Sarlet; Luiz Guilherme Marinoni; Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*, p. 670.

596 Luiz Guilherme Marinoni. *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*, p. 117.

597 Luiz Guilherme Marinoni. *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*, p. 117.

598 Luiz Guilherme Marinoni. *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*, p. 118; Daniel Mitidiero. Colaboração no Processo Civil, pp. 157-165; “Direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, tutelas jurisdicionais diferenciadas e multa processual para o cumprimento das obrigações de pagar quantia”. *In: Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 92-94.

599 Ingo Sarlet; Luiz Guilherme Marinoni; Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*, p. 666.

600 É importante referir, apenas como apontamento final, que, no que concerne à distribuição institucional da tarefa primária de decidir com justiça o caso concreto é das cortes de justiça, ao passo que a tarefa de interpretar o direito com função primária é das cortes de vértice, conforme Daniel Mitidiero, Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente, *passim*.

clássicas funções da motivação designadas por Michele Taruffo no seu *La Motivazione della Sentenza Civile*. Referimo-nos às funções endoprocessual e extraprocessual que a motivação, segundo a ótica do autor italiano, desenvolveria.

Em breves palavras, a função endoprocessual consistiria em possibilitar que as partes compreendam a decisão, especialmente para possibilitar a interposição de recurso, e que os juizes das instâncias superiores apreciem de maneira adequada os fundamentos da decisão recorrida⁶⁰¹. A função extraprocessual, por seu turno, corresponderia à possibilidade de controle externo por parte da opinião pública e da sociedade em geral a respeito dos fundamentos da decisão judicial⁶⁰².

Parece-nos que em nosso trabalho ambas as funções identificadas por Taruffo podem ser conciliadas com a compreensão de que a justificação abre espaço para a motivação como discurso do caso e para o precedente como discurso para a sociedade, embora as funções endo e extraprocessual estejam mais ligadas à ideia e controle (de um lado, controle das partes e do juiz da impugnação; de outro, controle da sociedade), ao passo que, no nosso trabalho, motivação e precedente estão mais ligados à noção de interpretação e justificação. De toda forma, é importante ficar claro que não estamos negando as funções endo e extraprocessual; afinal, conforme referimos, o controle democrático do poder é inerente à concepção moderna de motivação.

A ligação entre motivação como discurso do caso e a função endoprocessual parece direta e evidente. O discurso da motivação é justamente voltado às partes e, conseqüentemente, também possibilita que os juizes das cortes superiores conheçam as razões da decisão recorrida. Já a função extraprocessual parece relacionar-se apenas de modo indireto com o discurso voltado à sociedade, embora, repita-se, o princípio democrático seja um dos fundamentos da necessidade de motivação. Com efeito, quando conjugado com a publicidade, a motivação pode servir para a opinião pública controlar as razões oferecidas pelo órgão jurisdicional, mas, eis o ponto, parece-nos que de modo mediato e indireto. O próprio Taruffo, aliás, admite que o que se deve garantir não é exatamente a efetividade do controle externo da decisão, mas a efetiva possibilidade desse controle⁶⁰³.

601 Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 334.

602 Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, pp. 333-334.

603 “Da un lato, ciò che occorre garantire in ogni caso, a livello giuridico, non è l'effettività del controllo esterno sull'operato del giudice, bensì l'effettiva possibilità di tale controllo: il modo e l'intensità con cui tale possibilità viene tradotta in atto investono problemi non giuridici, mas sociologici e politici”. (Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 409).

2.3. Exigências da Motivação no Estado Constitucional

Visto que a motivação encarna, de um lado, a justificação como ato material e, de outro, o discurso da justificação voltado às partes para a resolução do caso com justiça, cumpre-nos, agora, verificar de que forma ela deve ser estruturada a fim de que responda às exigências que à justificação são acrescidas no âmbito de uma compreensão não cognitivista e lógico-argumentativa do direito. Para tanto, demonstraremos, primeiro, como o formalismo encarou o problema da motivação para, depois de refutá-la, buscar avaliar quais são as suas atuais exigências.

2.3.1. Motivação como *Resoconto*. O Ponto de Vista do Formalismo

A concepção do formalismo interpretativo a respeito do direito e da sua interpretação produziu um modelo lógico do raciocínio judicial, uma vez que a decisão aparecia como uma consequência lógica deduzida da norma geral e abstrata para o caso concreto, o que possibilitou a imagem do enquadramento do raciocínio judicial em esquemas lógicos⁶⁰⁴. O formalismo compreendeu, dessa forma, que o raciocínio judicial seria, ou deveria ser expresso, em moldes de silogismos o que, de certa forma, perdura como uma categoria geral, principalmente nos países de direito codificado, ainda que as matrizes metodológicas e ideológicas que sustentaram o positivismo clássico tenham perdido força⁶⁰⁵.

Numa visão formalista da interpretação, o raciocínio judicial resumir-se-ia num perfeito raciocínio silogístico, em que o juiz, numa atividade puramente cognitivista, descobriria a norma a ser aplicada, tomando-a como premissa maior do seu raciocínio; identificaria a situação de fato que se enquadraria perfeitamente na norma descoberta e, conjugando-se premissa maior e premissa menor, a decisão para o caso surgiria como uma consequência lógica das duas premissas adotadas. As teorias e doutrinas silogísticas, portanto, pregaram que o raciocínio do juiz é de fato, ou pelo menos deveria ser, um raciocínio

604 Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 133.

605 “Fare la storia della sopravvivenza di tagli atteggiamenti oltre il modello storico che gli aveva generati, e fino ai giorni nostri significherebbe fare la storia dell'intera cultura giuridica, nonché dell'ideologia del diritto; tuttavia, la constatazione che il modello logico del ragionamento del giudice nato dal positivismo classico sia rimasto, specialmente nei paesi di diritto codificato, come una specie di categoria genereale anche quando si sono alentati i suoi collegamenti con le relative premesse scientifiche e metodologiche, rende ancora attuale la sua discussione” (Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 133).

silogístico. “Secondo queste teorie, il ragionamento decisorio, attraverso cui il giudice perviene alla decisione della controversia, è di fatto un ragionamento sillogistico: il giudice, sulla base di attività puramente conoscitive, accerta la norma del caso (premessa maggiore) e il fatto (premessa minore). Dopodiché, il contenuto della decisione adottata nella sentenza seguirebbe logicamente dalle due premesse”⁶⁰⁶.

O desenvolvimento científico do processo civil, como visto identificado com a fase do processualismo, foi marcado por essa concepção formalista do raciocínio judicial. Calamandrei, a esse respeito, define de que modo os processualistas italianos da época, impregnados por esse espírito, resolveram o problema da aplicação do direito na decisão judicial fazendo, para tanto, uma comparação com a atividade do historiador. Para Calamandrei, os processualistas até então haviam reduzido a conduta do juiz à do historiador, como se a aplicação do direito ao fato fosse uma atividade de historiografia, em que a tomada de decisão no caso concreto surgiria como um fenômeno já pronto e fora do processo, relativamente ao qual a sua sentença deveria limitar-se a “declará-lo”. À semelhança do historiador, o juiz não poderia de modo algum, com o concurso de sua vontade, modificar o curso dos eventos pertencentes ao passado: “*Chi, per risolvere il problema, cercasse consiglio nei trattati dei processualisti, arriverebbe probabilmente a concludere che anche l'applicazione del diritto al fatto è storiografia: poichè, se storiografia non può esservi se non di ciò che è realmente accaduto, le teorie dei processualisti rappresentano quell'individuazione della legge astratta in comando concreto, che è l'effetto essenziale della sentenza, proprio come un fenomeno già avvenuto prima e fuori del processo, senza alcun concorso del giudice: il quale nella sua sentenza si dovrebbe limitare a prendere atto, a 'dichiararlo', al pari dello storico che registra sul suo libro i fatti irrevocabilmente accaduti, nè può in alcun modo colla sua volontà modificare il corso degli eventi appartenenti al passato*”.⁶⁰⁷

Nessa perspectiva, segue o mestre italiano, numa visão formalista segundo a qual a atividade do juiz era mera declaração, a essência da jurisdição estaria centrada na sua logicidade. O momento típico da jurisdição, que dava ao ofício do juiz dignidade e excelência, estava *nel sillogizzare*, por meio do qual proferiria uma sentença justa ao descobrir uma verdade que estaria toda dele: “*Un tempo, secondo quella corrente d'idee la cui*

606 Pierluigi Chiassoni. *La Giurisprudenza Civile*, pp. 153-154

607 Piero Calamandrei. “Il giudice e lo storico”. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. XVI. Padova: Cedam, 1939, pp. 116-117.

espressione più eloquente si trova nel Montesquieu (è celebre la sua frase che descrive i giudici come 'la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur') l'essenza della giurisdizione era nella sua logicità. Giudicare significava conoscere, e fase di 'cognizione' si chiamava infatti, tecnicamente, il processo che portava alla sentenza. La giurisdizione, anzi, si faceva consistere tutta quanta nella fase di cognizione: *iurisdiction in sola notione consist.* L'esecuzione forzata, attraverso la quale la pronuncia del giudice opera nel mondo esterno come un comando pratico, si riteneva estranea alla funzione giurisdizionale e rientrante nell'amministrazione; il momento tipico della giurisdizione, quello che dava dignità ed eccellenza all'ufficio del giudice, era posto sopra tutto nel sillogizzare; e si credeva che per arrivare a pronunciare una sentenza giusta il giudice altro non dovesse fare che scoprire, con l'acume della limpida e misurata ragione, una verità che stava tutta fuori dal lui⁶⁰⁸.

A forma do silogismo representa, como é notório, uma manifestação do formalismo interpretativo. Consubstancia-se num modelo abstrato ideal no qual a norma é um dado preexistente, em um ordenamento jurídico positivo, completo e sistematizado, em que a interpretação consiste numa atividade cognoscitiva que é sempre necessária e suficiente⁶⁰⁹. A decisão, por sua vez, dado que são tomadas por predeterminadas as premissas de fato e de direito e que o fato seria sempre uma espécie do gênero previsto abstratamente na norma, aparece como necessária e consequência automática da simples aplicação da norma ao fato⁶¹⁰.

Exemplo típico dessa concepção formalista do raciocínio judicial, aplicada à doutrina processual, também referida por Calogero⁶¹¹ e Chiassoni⁶¹², é a doutrina de Alfredo Rocco. Em sua obra *La Sentenza Civile*, Rocco afirmou que o raciocínio do juiz é de fato um raciocínio lógico, que segue a forma silogística, por meio da qual o juiz declara a vontade da

608 Piero Calamandrei. "Il giudice e lo storico", p. 126.

609 "In effetti, la dottrina del sillogismo giudiziale, più che descrivere il giudizio, costruisce un modello astratto e ideale del giudizio: viene prospettata una situazione in cui la norma è un dato preesistente, in un ordinamento positivo completo e sistematizzato, la cui interpretazione in vista dell'applicazione al caso concreto consiste in un'attività essenzialmente conoscitiva a carattere sistematico. Si presuppone inoltre che un'attività di questo genere sia in ogni caso necessaria e sufficiente, senza che debbano intervenire operazioni ed apprezzamenti non riducibili entro il modulo del polisillogismo" (Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, pp. 163-164).

610 "Configurato in tal modo il problema della fissazione delle premesse di diritto e di fatto della decisione, rimane agevole delineare in modo non meno meccanico e 'logico' il momento finale della decisione: di fronte ad una premessa di fatto che necessariamente costituisce una *species* del *genus* regolato da una norma, la decisione è la conseguenza automatica del collegamento deduttivo tra genere e specie, ed è comunque implicita nel modo stesso in cui sono state formulate le premesse di diritto e di fatto" (Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, pp. 164-165).

611 Guido Calogero. *La Logica del Giudice e il suo Controllo in Cassazione*. Padova: Cedam, 1937, p. 62-64.

612 Pierluigi Chiassoni. *La Giurisprudenza Civile*, p. 154

lei determinada pelo legislador: “L'operazione, per cui, data una norma generale, si determina quale è la condotta che deve seguire nel caso concreto il singolo sottoposto alla norma, è una pura operazione logica; è – come si disse – un sillogismo, in cui, assunta come premessa maggiore la norma generale, come minore il caso concreto, si deduce la norma di condotta da seguire nel singolo caso. Il giudizio logico non cambia di natura, per ciò solo che ha per oggetto una dichiarazione di volontà, cioè una norma giuridica”⁶¹³.

Se o raciocínio judicial é de fato, ou pelo menos deveria ser, expresso em termos de silogismos, então a teoria da motivação produzida pela teoria do silogismo judicial compreende que essa deveria representar um retrato fiel desse raciocínio. A doutrina do silogismo apresenta-se, nessa perspectiva, como uma teoria do juízo - como uma teoria da atividade decisória desenvolvida pelo juiz -, sendo, conforme refere Taruffo, uma teoria que se funda em dois pilares: de um lado, baseia-se sobre uma teoria do modo como a decisão é enunciada, isto é, sobre uma teoria da motivação; de outro, sobre o pressuposto de que a estrutura do raciocínio decisório seja coincidente com a estrutura do raciocínio expresso na motivação⁶¹⁴.

Resulta dessa concepção, portanto, que a motivação, numa visão formalista, deveria representar o *resoconto*⁶¹⁵, o perfeito relatório do raciocínio, o *iter* lógico, por meio do qual o juiz chegou à decisão. A esse propósito, Chiassoni afirma que na cultura jurídica italiana atual a concepção dominante na jurisprudência está justamente consubstanciada na compreensão da motivação como uma expressão fiel do *iter* lógico seguido pelo juiz ao decidir um caso: “Una prima concezione – dominante in giurisprudenza, quantomeno a livello di espressioni verbali – intende la motivazione-documento come una riproduzione fedele, anche se concisa, dell'iter logico-intellettivo', o 'iter-logico giuridico', seguito dal giudice nel decidere un caso (il c.d. iter voluntatis)”⁶¹⁶. A situação assim exposta, pelo menos na Itália, parece não se ter alterado, visto que Taruffo, na década de 1970, já tinha feito o mesmo diagnóstico, ao afirmar que “la giurisprudenza è ferma nel ritenere l'identità tra processo di decisione e motivazione, poiché per giudicare della congruità della motivazione continua a richiedere che essa esprima in

613 Alfredo Rocco. *La Sentenza Civile. Studi*. Torino; Fratello Bocca Editori, 1906, p. 34.

614 Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 156.

615 “In tal modo, infatti, sul presupposto che la motivazione fosse, o dovesse essere, il fedele e organico resoconto della via seguita dal giudice per giungere alla decisione, i problemi della natura della decisione e quelli inerenti alla motivazione venivano a coincidere perfettamente, e il ricorso allo schema sillogistico appariva idoneo a risolverli entrambi in modo univoco” (Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 12).

616 Pierluigi Chiassoni. *La Giurisprudenza Civile*, pp. 56-57.

modo abbastanza chiaro l'iter logico seguito dal giudice per giungere alla decisione"⁶¹⁷.

É interessante notar que na jurisprudência brasileira esse modo de ver a motivação como um *resoconto*, uma reprodução fiel do *iter* do raciocínio do juiz, também encontrou expressão. A exemplo: “*Embora não se resuma a puro e abstrato silogismo, a decisão judicial resulta de um exercício lógico, em que premissas e conclusões mantenham vínculos de pertinência e consequência. O dispositivo judicial é um teorema que deve ser demonstrado*”⁶¹⁸. Já se decidiu, também, que “*as decisões judiciais devem ser adequadamente fundamentadas, devendo ser composto por meio de silogismo com a formulação de premissas de fato e de direito que conduzam a uma conclusão, sob pena de nulidade*”⁶¹⁹.

2.3.2. A Motivação é um Discurso Justificativo. *Context of Discovery* e *Context of Justification*

A ideia de que a motivação é um *resoconto* do *iter* do raciocínio que o juiz percorreu para chegar à decisão é inadequada. Todas as críticas que foram feitas ao formalismo interpretativo na Parte I do presente trabalho valem para afastá-la. Resumidamente, como se viu, não se pode admitir que a atividade do juiz seja meramente cognitiva de um sentido normativo prévio à interpretação, mas, ao contrário, dada a vagueza das normas e a equivocidade do ordenamento jurídico, o processo de interpretação do direito com a finalidade de sua aplicação é permeado por escolhas, valorações e decisões. A tarefa interpretativa, ademais, envolve não só a interpretação de elementos textuais, mas também de elementos extratextuais, como fatos, atos, costumes, finalidades e efeitos⁶²⁰, e deve lidar com problemas de prova, de qualificação e de relevância⁶²¹.

Nesse sentido, o que na verdade é uma adesão ou uma escolha do juiz a uma entre várias alternativas possíveis é retratado, no modelo silogístico do raciocínio e da motivação, como um resultado inevitável de uma cadeia lógica, travestindo de necessário o que na verdade é apenas possível⁶²². Isso significa que a motivação dedutiva não só não expressa o *iter* lógico-psicológico que percorreu o raciocínio do juiz, como também não expressa o

617 Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 10.

618 REsp 132349/SP, 1a Turma do STJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. em 15/09/98.

619 RHC 6256/PA, 6a Turma do STJ, Rel. Min. Vicente Leal, j. em 02/06/1997.

620 Humberto Ávila. “Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo”, pp. 187-188.

621 Neil MacCormick. *Rethoric and The Rule of Law*, p. 27.

622 Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 161.

procedimento que o mesmo realiza no momento em que racionaliza *a posteriori* os fundamentos da decisão⁶²³.

A motivação entendida a partir da teoria silogística do juízo mostra-se, na verdade, como um instrumento de autoritarismo e arbitrariedade, porque esconde uma gama de escolhas realizadas pelo juiz no curso da interpretação⁶²⁴. A imagem da motivação como exposição do *iter* do raciocínio do juiz transforma-a num meio não de justificação, mas, ao contrário, de imposição da decisão⁶²⁵, tendendo, nessa hipótese, a servir a uma finalidade de redução de dissenso em torno da decisão judicial⁶²⁶ e impedindo, portanto, um verdadeiro controle sobre os seus reais fundamentos⁶²⁷.

Nesse sentido, é possível perceber que a aplicação da teoria formalista à motivação acabou por trair seu próprio intento. Conforme visto, uma aproximação formalista do direito buscou atingir uma concepção de segurança jurídica como absoluta certeza do direito⁶²⁸ a fim de evitar a sua aplicação arbitrária⁶²⁹. Nesse mesmo contexto, como vimos, é que se inseriu a motivação⁶³⁰, ou seja, como uma forma de controle dos atos do poder com a finalidade de contenção da arbitrariedade. Ocorre que, nos termos do formalismo, a motivação acaba tornando-se um “*pericoloso gioco di sillogismi*”⁶³¹ utilizado para, ao revés, esconder as razões

623 Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 162.

624 “Di questa immagine stessa implicitamente od esplicitamente esclude, tanto più se l'analisi diretta della concreta attività che questi pone in essere rivela invece la costante presenza dei fattori che l'immagine in questione tende a negare. Per limitare al massimo l'esemplificazione, si può dire che tra questi fattori rientrano scelte interpretative e applicative discrezionali; attività 'creative' che vanno ben al di là della mera interpretazione logica della norma, sia di fronte alle lacune che alle c.d. norme in bianco, nonché in genere in sede di scelta della norma e di determinazione del suo significato; apprezzamenti di valore; condizionamenti socio-psicologici ed ideologici che influiscono sulla valutazione degli interessi coinvolti nella lite, e così via” (Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, pp. 166-167).

625 “La motivazione, in quanto rigidamente strutturata secondo una combinazione di passaggi logici cogenti, appare piuttosto come un modo per imporre la decisione, rafforzandone l'autorità formale e sostanziale, in quanto tende a dimostrarla, più che la giustificarla, mettendone in evidenza i caratteri di necessità razionale” (Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 168).

626 “La funzione prevalente della motivazione tende dunque ad essere di restrizione del dissenso eventuale intorno ai criteri di giudizio e alla loro applicazione, che la stessa motivazione non permette di conoscere, e di induzione automatica del consenso intorno ad uma decisione che tende a presentarsi come l'unica conseguenza possibile delle condizioni esistenti nel caso concreto” (Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 169).

627 “L'intensità della formalizzazione sistematico-deduttiva della motivazione fissa dunque i limiti del controllo sui fondamenti reali della decisione, e determina il grado di efficacia della motivazione come strumento di imposizione autoritativa della decisione stessa, grado che è tanto maggiore quanto più è difficile superare il livello di uma verifica puramente formale della coerenza logica della decisione *iuxta propria principia*” (Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 169).

628 António Castanheira Neves. *O Instituto dos “Assentos” e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, p. 37.

629 Humberto Ávila. “Interpretación de las Leyes”, p. 70.

630 Pelo menos no âmbito da revolução francesa, com a finalidade de extirpar as práticas do antigo regime, onde se apresentou o formalismo com toda a força da escola da exegese.

631 Fulvio Mancuso. “Per la storia della motivazione della sentenza nei secoli XVI-XVIII (Note in margine a

que efetivamente determinaram a tomada de decisão. A motivação como *resoconto* atua, nessa hipótese, a favor da arbitrariedade e não como um verdadeiro discurso justificativo: “*Se si ritiene che questa non sia altro che la fedele espressione dell'iter logico-deduttivo che ha prodotto la decisione, ne segue che la motivazione stessa non viene configurata come un mezzo di cui il giudice si avvale per giustificare la decisione rendendola accettabile (ma anche discutibile) secondo i criteri di giustizia presenti in una certa società in un determinato momento storico, né tanto meno, è uno strumento di persuasione delle parti o del pubblico in genere circa la 'giustizia' o la 'bontà' della decisione*”⁶³².

A motivação compreendida do ponto de vista do formalismo interpretativo, portanto, revela-se subnutrida de conteúdo⁶³³, porque não abre espaço para a justificação das escolhas e decisões que permeiam o processo de interpretação. Constituindo-se, ao contrário, um ato de imposição autoritária da decisão, compreende-se por quê tão pouca importância sistemas originados no pensamento clássico positivista outorgam às razões dadas pelo órgão jurisdicional. A verdadeira decisão, nessa concepção, estaria somente na parte dispositiva da decisão judicial: “*sendo essa um ato simplesmente lógico-dedutivo, não há espaço para verdadeira escolha do intérprete capaz de representar um efetivo juízo na sua fundamentação*”⁶³⁴. Decorre daí um apequenamento da importância da justificação da decisão judicial, com uma correspondente tendência, no âmbito das cortes de vértice, da “*compreensão da jurisprudência à luz tão somente do resultado do julgamento da causa como na sua condensação em enunciados abstratos redigidos sem qualquer alusão ao contexto fático que deu lugar à solução da causa*”⁶³⁵. É justamente por isso, conforme ressalta Marinoni, que a fundamentação nos países de *civil law* recebeu tão pouca importância, jamais sendo visto como uma possibilidade de construir um material capaz de conferir previsibilidade e coerência à ordem jurídica⁶³⁶.

Mas não é só. A noção de motivação como *resoconto* também é inadequada porque confunde o raciocínio decisório com o raciocínio justificativo. Conforme explica Taruffo, a

studi recenti con il testo di una sentenza del 1299)”, p. 288.

632 Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 168.

633 Júlio Cesar Goulart Lanes. *A Inseparabilidade das Questões de Fato e de Direito e o Modelo de Processo Civil Cooperativo*. Tese de Doutorado apresentada e aprovada na PUCRS, 2013. Orientadores: José Maria da Rosa Tescheiner; Daniel Mitidiero.

634 Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 48.

635 Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 48.

636 Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes Obrigatórios*, pp. 290-291.

análise do raciocínio judicial deve partir da análise da função típica do raciocínio, o que leva a identificar que, enquanto a estrutura do raciocínio decisório é condicionada pela finalidade de formulação de uma decisão, a estrutura da motivação é condicionada, por sua vez, pela sua finalidade de justificação da decisão tomada⁶³⁷. Essa constatação surge da compreensão de que o raciocínio judicial é uma manifestação particular de um fenômeno mais amplo válido aos procedimentos racionais de tomadas de decisão, consistente na distinção entre a investigação a respeito da maneira como uma decisão foi tomada e a avaliação a respeito da justificação dessa decisão⁶³⁸. O processo por meio do qual a decisão é tomada é chamado de *process* ou *context of discovery* e o processo meio do qual uma decisão é justificada de *process* ou *context of justification*⁶³⁹.

Conforme afirma Chiassoni, essa dualidade permite distinguir o raciocínio decisório, que é consubstanciado pelo *iter* psicológico do pensamento do juiz para chegar à decisão, o que é muitas vezes irracional e não acessível ao próprio intérprete, do raciocínio justificativo, que é justificação posterior da decisão, autorizando-se encarar a motivação como um discurso justificativo formulado por meio do conjunto de argumentos em favor de uma decisão: “*Il ragionamento decisorio, in particolare, coincide con i pensieri e motivi nella mente dei giudici. Al ragionamento decisorio appartengono i 'veri' motivi della decisione: spesso taciuti, e non sempre traducibili in termini giuridici o comunque confessabili. Il ragionamento giustificatorio, per contro, è l'insieme degli argomenti espressamente formulati*

637 Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, pp. 213-214. Enrico Tullio Liebman, no entanto, coloca-se abertamente em posição oposta à de Taruffo, contra a ideia de contexto de descoberta e contesto de justificação. Afirma Liemban; “Em um estado-de-direito, tem-se como exigência fundamental que os casos submetidos a Juízo sejam julgados com base em fatos provados e com aplicação imparcial do direito vigente; e, para que se possa controlar se as coisas caminham efetivamente dessa forma, é necessário que o juiz exponha qual o caminho lógico que percorreu para chegar à decisão que chegou. Só assim a motivação poderá ser uma garantia contra o arbítrio. Seria de todo desprovida de interesse a circunstância de o juiz sair à busca de outras explicações que não essa, ainda que eventualmente convincente” (“Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença”. Trad.: Tereza Celina de Arruda Alvim. In: *Revista de Processo*. n. 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 80).

638 “Placing the problem within the broader context of decision procedures in general, there are two quite distinctive procedures that might be followed before any particular decision is made or accepted. This is as true in science or ethics as it is in law. The way in which these two procedures operate can indicated by reference to two types of questions that may be asked about any decision. One kind of question asks about the manner in which a decision or conclusion is justifiable. That is to say, a person who examines a decision process may want to know about the factors that led to or produced the conclusion; he may also be interested in the manner in which the conclusion was to be justified” (Richard A. Wasserstrom. *The Judicial Decision*, p. 25); Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 214.

639 Wasserstrom refere-se a *process of discovery* e *process of justification*: “I will refer to the procedure by which a conclusion is reached as the *process of discovery*, and to the procedure by which a conclusion is justified as the *process of justification*” (*The Judicial Decision*, p. 27); Alexy igualmente fala de *process of discovery* e *process of justification* (*Teoria da Argumentação Jurídica*, p. 227); Taruffo, por sua vez, refere-se a *context of discovery* e *context of justification* (*La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 214).

in favore di una certa decisione”⁶⁴⁰.

Segundo Taruffo, como fenômeno o contexto da descoberta é uma atividade, ao passo que o contexto da justificação é um discurso que, no entanto, não pode ser compreendido como o resultado linguístico da atividade de tomada de decisão⁶⁴¹. Conforme referido, com efeito, muitas vezes a tomada de decisão leva em conta fatores inconscientes, inacessíveis racionalmente ao próprio intérprete. O que é importante compreender é que a motivação é um discurso justificativo⁶⁴², que surge como resultado do raciocínio justificativo: “*Il rapporto in esame è in fatti complesso e mediato secondo un schema che può sinteticamente rappresentarsi così: ragionamento decisorio (attività) / decisione (risultato) / ragionamento giustificativo (attività) / motivazione (risultato)*”⁶⁴³.

Isso significa que a motivação, ao contrário da concepção formalista, não é um *resoconto* das razões que determinaram a decisão, mas é um discurso justificativo. A motivação, nessa perspectiva, não é um discurso em torno do modo pelo qual o juiz formulou a decisão, mas sim a respeito das razões com base nas quais a decisão apresenta-se racional: “*l'esigenza di giustificazione cui la motivazione risponde non consente di intenderla come 'discorso intorno al modo in cui il giudice ha formulato la decisione', bensì come 'discorso intorno alle ragioni in base alle quali il giudice presenta la decisione come accettabile*”⁶⁴⁴.

2.3.3. Conteúdo da Motivação no Estado Constitucional

Por trás do debate a respeito da motivação está a própria forma de compreender o direito. A motivação como *resoconto* compreende-o, no fundo, como um objeto suscetível de conhecimento e expressado por um prévio fechamento semântico das normas. Pode-se, no entanto, vislumbrá-lo como prática argumentativa e, dessa forma, verificar a necessidade da maior determinação semântica possível e do controle de legitimidade e de argumentação dos processos de regulamentação de aplicação normativas⁶⁴⁵. A motivação imaginada pelo

640 Pierluigi Chiassoni. *La Giurisprudenza Civile*, p. 57.

641 Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 215.

642 Ana de Lourdes Coutinho Silva. *A Motivação das Decisões Judiciais*, p. 119.

643 Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 216.

644 Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 125.

645 Tudo conforme Humberto Ávila, tratando a respeito da inteligibilidade do direito pela determinabilidade normativa: “Note-se que por trás desse debate estão presentes diversas formas de se compreender o próprio Direito: pode-se compreendê-lo como *objeto* – e, em razão disso, examinar a realização da segurança jurídica por meio do dever prévio de garantir o maior fechamento semântico possível das normas, com a rejeição de normas elevadamente indeterminadas, mas sem prejuízo de um incontornável âmbito marginal de

formalismo representa, entendemos, uma falsa motivação, porque esconde as verdadeiras escolhas efetuadas no processo de interpretação⁶⁴⁶. Nesse contexto, o combate à arbitrariedade e a busca de uma decisão justa reside no combate a essa falsa fundamentação: “*Hoy, en una época de pluralidad de valores, en que el Derecho depende de complejos procesos discursivos para su aplicación, la lucha contra la arbitrariedad reside en combatir la falsa fundamentación, la injustificada argumentación, la irracional ponderación*”⁶⁴⁷. Conforme afirma Ovídio A. Baptista da Silva, a motivação imaginada pelo formalismo abre as portas para “*as mais variadas formas de arbitrariedades, cometidas em nome do que se imagina ser a imparcial aplicação da 'vontade lei', em sentenças que, antes de alicerçarem-se em fundamentos válidos, ocultam as verdadeiras razões de decidir*”⁶⁴⁸.

Como a adoção de uma perspectiva não cognitivista do direito revela que a interpretação demanda individualizações, valorações e escolhas, o que, por sua vez, eleva o grau de exigência da justificação, a motivação da decisão judicial, como sede material da justificação, encontra uma igual elevação de exigência para que a decisão seja justa e, portanto, não arbitrária. É com esse maior nível de exigência da motivação das decisões judiciais diante da constatação de que o direito é uma prática argumentativa que aumentarão as possibilidades de atingir-se uma decisão justa e, assim, combater o arbítrio e a falsa motivação. É tarefa da motivação, portanto, “*impedir que a natural discricionariedade do ato jurisdicional se transforme em arbitrariedade*”⁶⁴⁹.

Conforme registrou Taruffo, é provavelmente impossível delinear um esquema estruturalmente homogêneo e unitário do raciocínio do juiz – seja decisório, seja justificativo – que permita ilustrar simultaneamente todos os momentos nos quais se articula este raciocínio⁶⁵⁰, o que não significa, contudo, que não seja possível identificar os elementos estruturais que configuram uma racional reconstrução do raciocínio do juiz. Ao examinar a motivação, não se pode pretender querer dar um modelo completo, ou um paradigma lógico

indeterminação; pode-se, de outro lado, vislumbrá-lo como *prática argumentativa* – e, em virtude disso, analisar o cumprimento da segurança jurídica primeiro por intermédio do dever prévio de maior determinação semântica possível. Admitindo-se uma margem maior de indeterminação, caso a mutabilidade e a difusão do conteúdo não permitirem um fechamento semântico maior, e, segundo, por meio de um controle de legitimidade e de argumentação dos processos de regulamentação e de aplicação normativas” (*Segurança Jurídica*, pp. 326-327).

646 Robert Alexy. *Teoria da Argumentação Jurídica*, p. 227.

647 Humberto Ávila. “Interpretación de las Leyes”, p. 70.

648 Ovídio A. Baptista da Silva. “Fundamentação das sentenças como garantia constitucional”. In: *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 141.

649 Ovídio A. Baptista da Silva. “Fundamentação das sentenças como garantia constitucional”, p. 139.

650 Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 207.

de validade geral⁶⁵¹. Mas o que se pode e deve pôr em evidência é a identificação, no âmbito do *context of justification*, dos elementos estruturais do discurso justificativo que, no contexto cultural do paradigma atual do direito, permitam a avaliação a respeito de uma motivação adequada com a finalidade de formação de uma decisão justa.

Porque a motivação transforma a justificação em ato material no processo⁶⁵², deve ser elaborada por escrito e em termos racionais, de modo a demonstrar as razões que levam a uma determinada reconstrução normativa, às provas que demonstram a ocorrência de elementos factuais⁶⁵³ e a correção do percurso processual. O processo de interpretação encontra no seu percurso diferentes problemas ligados à interpretação dos materiais normativos, problemas de prova e problemas de qualificação jurídica dos fatos, já que no processo emergem contestações a respeito da “*proper interpretation of legal materials, over the proper drawing of inferences from evidence, over evaluation of conflicting pieces of evidence, over the proper characterization of facts proven or agreed, or over their relevance to the legal materials adduced*”⁶⁵⁴. Com efeito, o discurso da motivação, para que seja capaz de dar conta da formação de uma decisão justa, reclama “*a conjugação de critérios ligados à individualização, interpretação e argumentação referentes às normas jurídicas que devem reger o caso concreto levado a juízo, à adequada verificação da verdade das alegações de fato formuladas pelas partes e à justiça da estruturação do processo*”⁶⁵⁵. Isso porque o problema da decisão justa gira em torno de três eixos, dos quais a motivação deve ser capaz de atender: “*I tre criteri ai quali se allude sono i seguenti: a) a correttezza della scelta d'interpretazione della regola giuridica applicabile al caso; b) accertamento attendibile dei fatti rilevanti del caso; c) impiego di un procedimento valido e giusto per giungere alla decisione*”⁶⁵⁶.

Relacionando-se o critério de decisão justa pode-se afirmar que a estrutura mínima do discurso justificativo – ou o conteúdo mínimo do dever de motivação – requer⁶⁵⁷: a) a identificação da norma aplicável; b) a verificação das alegações de fato; c) a qualificação

651 Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 210.

652 Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 60.

653 Humberto Ávila. *Segurança Jurídica*, p. 332.

654 Neil MacCormick. *Rhetoric and the Rule of Law*, p. 27.

655 Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 26.

656 Michele Taruffo. “*Idee per una teoria della decisione giusta*”, p. 319.

657 Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 467; Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni & Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*, p. 668.

jurídica do suporte fático; d) avaliação das consequências jurídicas da qualificação do suporte fático; e) avaliação do contexto de nexos de implicação e coerência entre tais enunciados; f) a justificação dos enunciados com base em critérios que demonstrem que as escolhas do juiz foram racionalmente corretas⁶⁵⁸, critérios que correspondem às exigências de justificação externa. O discurso, ademais, deve ser racional e coerente, respondendo à exigência de justificação interna. Além de tudo isso, a motivação só será capaz de possibilitar a formação de uma decisão justa se der conta também da justa estruturação do processo⁶⁵⁹. Logo se vê que a justificação a respeito das individualizações e escolhas no plano normativo e no plano fático correspondem à justificação externa da decisão, ao passo que a qualificação jurídica e os nexos de inferência entre os enunciados jurídicos e fáticos correspondem à justificação interna.

Relativamente ao contexto normativo, o juiz deve justificar as escolhas que levaram à reconstrução do sentido normativo aplicável ao caso. Se interpretar não é conhecer um sentido único preexistente de uma norma, então o problema da interpretação envolve não o conhecimento, mas as eleições interpretativas que o juiz realiza para decidir a respeito de um enunciado normativo, o critério para uma possível decisão⁶⁶⁰. Lembre-se que a interpretação é sempre intermediada por processos discursivos que envolvem atividades decisórias e criativas⁶⁶¹. Conforme refere Humberto Ávila, a interpretação é intermediada por teorias que demandam escolhas, o que dirige o intérprete ao desenvolvimento de atividades preparatórias à interpretação (a qualificação de documentos normativos e de dispositivos pertinentes ao assunto que se pretende resolver), a fatores que condicionam a interpretação (a qualificação do tipo de norma – princípio, regra, postulado normativo aplicativo), a elementos que influem na interpretação (a estrutura, o contexto linguístico e o intertexto das disposições), e a argumentos que participam da interpretação (linguísticos, finalísticos, genéticos, históricos e consequencialistas)⁶⁶². No que se refere aos tipos de argumentos que participam da interpretação, é preciso que haja uma justificação, com base numa teoria da argumentação

658 Michelle Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 467; Ingo Sarlet; Luiz Guilherme Marinoni; Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*, p. 668.

659 Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 27.

660 Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, pp. 230-231.

661 Humberto Ávila. “Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo”, p. 198.

662 Humberto Ávila. “Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo”, pp. 197-198; *Segurança Jurídica*, p. 331.

para justificar a escolha de um argumento em detrimento do outro⁶⁶³. Nesse sentido, é importante observar que, conforme registra Humberto Ávila, os tipos de argumentos têm ordem hierárquica, em razão de possuírem diferentes forças justificativas⁶⁶⁴. Os tipos de argumentação imanentes ao ordenamento jurídico têm força justificativa fundada no princípio da separação dos poderes e no princípio democrático; os transcendentais, apenas indiretamente se deixam reconduzir a esses princípios; já os argumentos não-institucionais, por fim, nem sequer indiretamente se deixam reconduzir⁶⁶⁵. Em razão da relação dos tipos de argumentação que participam do processo de interpretação com os princípios constitucionais, pode-se formular regras *prima facie* de argumentação, que podem assim ser resumidas: a) os argumentos institucionais devem prevalecer sobre os argumentos não institucionais; b) os argumentos imanentes ao sistema jurídico (argumentos linguísticos e sistemáticos) devem prevalecer sobre os argumentos a ele transcendentais (argumentos genéticos e históricos); c) na justificação com base em argumentos imanentes ao ordenamento jurídico deverá ser escolhido o significado que seja mais coerente com os princípios constitucionais axiologicamente subjacentes ao elemento normativo interpretado⁶⁶⁶.

No que se refere à verificação das alegações de fato na motivação, é imprescindível lembrar que condição necessária para a prolação de uma decisão justa é a correta avaliação dos fatos⁶⁶⁷, de modo que a justificação do juízo de fato no processo é tão importante quanto a

663 Humberto Ávila. “Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo”, p. 198; *Segurança Jurídica*, p. 331.

664 “Nesse sentido, há dois caminhos complementares a serem seguidos para saber o peso de cada argumento na interpretação jurídica. De um lado, é preciso analisar quais são as implicações metodológicas que decorrem dos elementos essenciais da idéia de Direito – justiça, segurança jurídica, adequação – e das condições formais de conhecimento do próprio sistema jurídico – unidade, consistência e coerência. De outro, faz-se necessário verificar quais são as determinações que resultam das próprias normas constitucionais – sobretudo das normas princípios – no que se refere ao peso dos argumentos utilizados na argumentação. A idéia é simples: os argumentos têm sua força justificativa na medida em que eles são fundados em valores constitucionalmente instituídos”. Humberto Ávila. “Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. v. 19, março 2001, p. 174; “Teoria dell’argomentazione giuridica”. In: Riccardo Guastini; Paolo Comanducci (orgs.). *Analisi e Diritto 2012*. Madri: Marcial Pons, 2012, p. 32.

665 Humberto Ávila. “Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico”, p. 175; “Teoria dell’argomentazione giuridica”, p. 33.

666 Humberto Ávila. “Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico”, p. 177; “Teoria dell’argomentazione giuridica”, p. 35; *Segurança Jurídica*, pp. 331-332.

667 “Vi è però un aspetto molto importante del concetto de giustizia della decisione che investe direttamente questo problema; esso emerge in quanto, independentemente dal criterio giuridico che si impiega per definire e valutare la giustizia della decisione, si può ritenere che essa non sia *mai* giusta se si fonda su un accertamento erroneo o inattendibile dei fatti. In altri termini: la veracità e l’attendibilità del giudizio sui fatti è una condizione necessaria (ovviamente non sufficiente) perché si possa dire che la decisione giudiziale è giusta”. Michele Taruffo. *La Prova dei Fatti Giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 43.

justificação do juízo de direito⁶⁶⁸, como condição necessária para uma decisão justa⁶⁶⁹. Desse modo, a motivação só será completa se adequadamente valorar as provas produzidas no processo – este é um elemento necessário da justificação da decisão, uma vez que as provas consubstanciam o fundamento da inferência que determina a confirmação dos enunciados fáticos⁶⁷⁰ sobre os quais haverão de incidir os enunciados normativos. A esse respeito, Taruffo refere com precisão que não se aceita como motivação adequada relativamente à verificação dos fatos que o juiz faça referência apenas aos elementos de prova que confirmam a reconstrução dos fatos segundo a sua ótica, mas é necessário, ao contrário, que aponte também qual o motivo pelo qual os elementos tendentes a demonstrar uma diversa versão dos fatos não mereceram a mesma valoração: *“A propósito, não é aceitável a difundida orientação segundo a qual o juiz poderia se limitar a fazer referência às provas que confirmam a sua reconstrução dos fatos. Trata-se de uma espécie de consagração do confirmation bias, da 'tendência à confirmação', ou 'síndrome da primeira impressão', ou seja, da inclinação a levarem-se em consideração somente os elementos que confirmam uma tese preconstituída, descuidando-se ou subvalorizando-se tudo aquilo que contrasta com essa. Segundo Susan Haack essa abordagem caracteriza a advocacy parcial e interessada, mas é incompatível com uma pesquisa independente destinada à busca da verdade. Com efeito, para afirmar-se que uma hipótese foi confirmada por provas adequadas é necessário também explicar por que razões não devem ser consideradas confiáveis as provas que contrastam ou divergem dessas: conforme dito há pouco, o fato de que o juiz tenha entendido confiável o testemunho do Tício não diz coisa alguma sobre as razões pelas quais entende não confiável o testemunho diferente ou contrastante de Caio. O silêncio sobre as provas não levadas em consideração deixa aberta a dúvida sobre o real fundamento da reconstrução dos fatos acolhida como verdadeira. Por conseguinte, todas as provas disponíveis para a decisão devem ser levadas em consideração expressamente, e também sua valoração deve ser adequadamente justificada. Substancialmente, o juiz deve explicar por que razões entendeu confiáveis determinadas provas (visto que a simples afirmação apodítica segundo a qual*

668 “Insista-se nisso: a aplicação do Direito, inclusive – e sobretudo – do Direito Tributário, envolve tanto normas quanto fatos em relação coimplicada. A construção dos fatos pela linguagem depende da perspectiva com que o aplicador os analisa, podendo a norma inicialmente aplicável revelar-se finalmente inaplicável pela consideração que se venha a ter do quadro fático” (Humberto Ávila. *Segurança Jurídica*, p. 332).

669 “Un accertamento veritiero dei fatti della causa è a sua volta necessario in quanto nessuna decisione può considerarsi giusta se si fonda sui fatti sbagliati, ossia su una ricostruzione erronea o falsa delle circostanze che stano alla base della controversia” (Michele Taruffo. “Idee per una teoria della decisione giusta”. p. 320).

670 Michele Taruffo. *Uma Simples Verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 175.

Tício era confiável nada justifica) e também quais as razões para não ter entendido confiáveis outras provas. Analogamente, são explicitadas e justificadas todas as inferências presuntivas que o juiz formulou para derivar conclusões relativas à verdade dos enunciados relativos aos fatos principais da causa”⁶⁷¹. No mesmo sentido, Liebman já expusera semelhante entendimento (referindo-se ao CPC de 1939): “O juiz deve, também, expor na decisão os fatos e as circunstâncias que motivaram seu convencimento (art. 118, § único) e, portanto, justificar igualmente, a formação de seu convencimento sobre a base das provas oferecidas a seu exame, aduzindo a razão dos resultados a que êsse exame o fêz chegar, da preferência concedida a um elemento probatório em confronto com outro, da pouca fé atribuída a êsse ou aquele dos meios de convicção adotados pelas partes, e assim por diante”⁶⁷².

Uma vez estabelecidos os fatos, é necessária a justificação a respeito da sua qualificação jurídica e dos nexos de inferência entre as assertivas fáticas e normativas⁶⁷³. A justificação da qualificação jurídica do fato tomado como provado é importante porque pode também demandar escolhas, já que a definição de uma classe de fatos abrangidos pela norma aparece como uma “definição de gênero”, ao passo que a situação concreta particular (o fato provado) aparece como uma “definição de espécie”⁶⁷⁴. A generalidade é uma marca do direito⁶⁷⁵, seja na ideia própria de norma jurídica⁶⁷⁶, seja na ideia de justificação⁶⁷⁷. Schauer identifica que uma regra, por ter como característica a generalização, pode ser *overinclusive*, quando a regra abrange uma determinada situação que a justificação que dá fundamento à regra não abrangeria, ou pode ser *underinclusive*, quando a regra contém um termo mais restrito e que deixa de incluir uma determinada situação que a justificação que dá fundamento

671 Michele Taruffo. *Uma Simples Verdade*, pp. 175-176.

672 Enrico Tullio Liebman, em nota às Instituições de Chiovenda. Giuseppe Chiovenda. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. v. III, São Paulo: Saraiva, 1969, p. 92, nota 2.

673 Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 269.

674 Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 249-250.

675 Andrei Marmor refere que há um certo consenso a respeito de algumas condições que o direito deve possuir para que promova a função de guiar a conduta humana, sendo a generalidade uma dessas condições: “Legal prescriptions must be issued at some level of generality. No legal system can function by addressing its prescriptions to individuals, one by one, or by addressing each particular act separately” (Andrei Marmor. *Law in the Age of Pluralism*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 7). Mais adiante, refere que a generalidade promove a imparcialidade (p. 9).

676 “At the core of the idea of a rule, therefore, is the idea of generality” (Frederick Schauer. “The generality of law”. In: *West Virginia Law Review*. v. 107, 2004-2005, p. 230).

677 “Reason-giving too, however, is a form of generalization” (Frederick Schauer. “The generality of law”, p. 231).

à regra incluiria⁶⁷⁸. Em razão disso, há situações em que há uma dificuldade de, mesmo reconstruída a norma e verificados os fatos provados, saber se o fato se encaixa na previsão abstrata da norma. Há dúvida a respeito da abrangência da norma reconstruída sobre o fato provado. Um bom exemplo que torna a aparecer para demonstrar a necessidade de justificação diante da dificuldade de qualificação jurídica do fato é o exemplo da regra “proibida a entrada de veículos no parque”. No caso do exemplo, um carrinho de bebê ou um par de *skis* enquadrar-se-iam no conceito de “veículo”? Outra situação que denota a importância da justificação da qualificação jurídica do fato coloca-se nos casos dos conceitos jurídicos indeterminados, que contêm, na previsão abstrata, um termo indeterminado (“razoável”, “probo”, “boa-fé”). Nesses casos já se sabe qual é a norma e quais são os fatos provados, a dificuldade está justamente em saber se os fatos enquadram-se no conceito indeterminado da norma. Daí a necessidade de justificação da qualificação jurídica do fato, devendo-se justificar “*não só o enunciado das escolhas do juiz em relação à individualização das normas aplicáveis ao caso concreto e às correspondentes consequências jurídicas, mas como os nexos de implicação e coerência entre esses enunciados*”⁶⁷⁹.

Dessa forma, segundo o esquema proposto por Taruffo, a motivação deve ser capaz de demonstrar os nexos de implicação entre as premissas de fato e de direito, que concernem à qualificação jurídica do fato e aos efeitos jurídicos aplicáveis a partir de uma determinada qualificação jurídica do fato: “*Esso describe un insieme de rapporti di implicazione tra enunciati, nel seguente ordine: 1) gli enunciati inerenti ai fatti della causa (F) implicano l'applicabilità di determinate norme (N); 2) per converso, le norme individuate come applicabili (N) implicano l'esistenza di determinati fatti (F). In quanto sussitano entrambi i nessi di implicazione, si realizza la coincidenza semantica tra fattispecie astratta e fattispecie concreta. 3) Essa, a sua volta, implica la qualificazione (Q) dei fatti accertati secondo le norme dichiarate applicabili. 4) La qualificazione giuridica della fattispecie concreta implica gli effetti definiti della norma qualificante, e dunque, implica la conclusione (C) consistente nella dichiarazione di tali effetti quanto al rapporto dedotto in lite*”⁶⁸⁰. É importante fazer a ressalva, no entanto, de que a verificação da justificação interna em termos de nexos lógicos entre premissas de fato e de direito, nos termos expostos por Taruffo, não significa que corresponda à estrutura lógica do procedimento por meio do qual o juiz chega à decisão; trata-

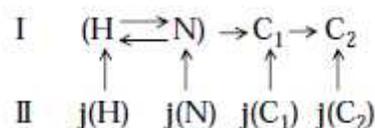
678 Frederick Shauer. *Thinking Like a Lawyer*, p. 27.

679 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. *Do Formalismo no Processo Civil*, p. 106.

680 Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 270.

se, apenas, do “*schema strutturale del discorso finale del giudice*”⁶⁸¹, isto é, refere-se ao contexto da justificação⁶⁸².

Dessa forma, pode-se resumir o discurso justificativo da motivação mínimo para a sua adequação às exigências atuais do seguinte modo:



Nesse quadro, estão representados os dois níveis de justificação, que correspondem à justificação interna e externa. A justificação de primeiro grau (nível I), representa a estrutura lógica dos enunciados no contexto no qual se exprime a decisão (justificação interna), ao passo que a justificação de segundo grau (nível II) refere-se à justificação relativa a cada um dos enunciados (justificação externa)⁶⁸³. Os significados de H, N, C₁ e C₂ correspondem ao que, na transcrição de Taruffo, identificou-se como F, N, Q e C, ou seja: H representa o fato verificado; N representa a norma aplicável; C₁ representa o fato qualificado juridicamente; e C₂ representa a conclusão, mediante a declaração dos efeitos jurídicos. Nesse contexto, no quadro acima j(H) indica a justificação da verificação dos fatos; j(N) indica a justificação da interpretação e da reconstrução da norma aplicável; j(C₁) indica a justificação da qualificação jurídica de H segundo N; e j(C₂) indica, por fim, a justificação da decisão relativamente ao efeito jurídico atribuído à situação de fato concreta⁶⁸⁴.

É importante referir, por fim, que se o ato decisório não atender a qualquer dos requisitos da estrutura mínima do discurso justificativo, verificar-se-á ausência de motivação, e não simplesmente sentença mal fundamentada⁶⁸⁵. Além disso, conforme verifica a doutrina, costuma-se avaliar outros vícios na motivação, dentre eles a motivação *per relationem* e a hipótese de motivação fictícia, em que a motivação sobre os fatos constitua

681 Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 271.

682 Algo semelhante, em sua tese de doutoramento, Júlio Lanes defende a inseparabilidade das questões de fato e das questões de direito, vendo como possível, no entanto, a possibilidade de separação *a posteriori* para fins de operatividade do sistema (*A Inseparabilidade das Questões de Fato e de Direito e o Modelo de Processo Civil Cooperativo*. Tese de Doutorado apresentada e aprovada na PUCRS, 2013. Orientadores: José Maria da Rosa Tescheiner; Daniel Mitidiero). A esse respeito, ainda, refere Ovídio A. Baptista da Silva que não há fatos “puros” no processo, uma vez que “é ainda mais indubitoso que as controvérsias judiciais têm por objeto o 'sentido' que os fatos podem assumir no contexto da lide. O 'fato' tratado pelo processo é, em dúvida, um conceito hermenêutico, a exigir interpretação” (“Fundamentação das sentenças como garantia constitucional”, p. 143).

683 Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 276. A figura também é de Taruffo.

684 Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 276.

685 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira; Daniel Mitidiero. *Cursos de Processo Civil*, p. 48.

uma mera referência às provas ou uma remissão a “bom senso”, à “experiência”, à “evidência”⁶⁸⁶. Ambas as modalidades têm sido admitidas no direito brasileiro. No caso da motivação *per relationem*, embora admitida a prática na jurisprudência, entendemos ser somente admissível se contiver todos os requisitos mínimos da motivação e atender ao critério de completude, que é a extensão do contraditório (o que será visto a seguir). No âmbito da motivação fictícia, o STF tem admitido⁶⁸⁷ que seja dispensado o exame de cada uma das alegações ou provas, o que, a nosso ver, configura vício de motivação por não atendimento aos requisitos mínimos.

Por essa vereda, parece-nos que, com a colocação da questão da motivação no plano dos direitos fundamentais, semelhante tomada de posição é inadequada diante da função institucional do STF zelar pela observância de seu conteúdo mínimo. Deve-se advertir, no entanto, que o entendimento da Corte é no sentido de (a nosso ver incorreto) entender a violação ao direito fundamental à motivação como uma violação apenas indireta à Constituição brasileira⁶⁸⁸.

2.3.4. A Motivação e Estruturação do Processo Justo. Seu Relacionamento com Outros Direitos Fundamentais Processuais

Conforme referimento no ponto anterior, a motivação só será capaz de possibilitar a formação de uma decisão justa se der conta também da justa estruturação do processo. Há uma íntima conexão entre a motivação e outros direitos fundamentais processuais⁶⁸⁹, aparecendo, nesse caso, como instrumento para a sua efetiva realização⁶⁹⁰.

Uma primeira relação que se pode estabelecer é entre motivação e *direito fundamental*

686 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira; Daniel Mitidiero. *Cureso de Processo Civil*, p. 48.

687 Veja-se, a exemplo: “o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão (AI 791.292 QO-RG/PE, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 13.08.2010).

688 Assim, por exemplo: “As alegações de desrespeito aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da plenitude da defesa e da motivação dos atos decisórios, por dependerem de exame prévio e necessário da legislação comum, podem configurar, quando muito, situações caracterizadoras de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, o que não basta, só por si, para viabilizar o acesso à via recursal extraordinária” (AgRg. no AI 841.352/RS, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 09/06/11).

689 Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 27.

690 “Visto nella prospettiva delle sue connessioni con gli altri principi costituzionali inerenti alla giurisdizione, il principio in questione manifesta un carattere essenziale di strumentalità, nel senso che la sua applicazione costituisce una condizione di effettività di taki altri principi sul piano della concreta mministrazione della giustizia” (Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 399).

ao juiz natural. A Constituição brasileira determina que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art. 5º, LIII, CF) e que não haverá “juízo ou tribunal de exceção” (art. 5º, XXXVII, CF). Trata-se do direito fundamental ao juiz natural⁶⁹¹. Juiz natural é juiz imparcial, competente e aleatório⁶⁹². Mais de perto, interessa-nos aqui a *imparcialidade*. A imparcialidade que compõe o direito fundamental ao juiz natural diz respeito à combinação de imparcialidade, ligada à independência do juiz, e de “imparcialidade”, ligada ao fato que o juiz não é parte e, portanto, deve-se garantir a ausência de interesse pessoal no resultado do processo (*nemo iudex in re propria*)⁶⁹³. Mas pouco importa ao processo que o juiz seja institucionalmente independente e abstratamente imparcial: o que efetivamente importa é que essa imparcialidade possa ser verificada em cada decisão judicial, uma vez que a decisão judicial não é imparcial em si, mas na medida em que seja possível demonstrar que o é⁶⁹⁴. A partir deste ponto de vista, aparece clara a prestabilidade da motivação para servir de instrumento de conferência da efetividade do direito ao juiz natural. Uma decisão não motivada, com efeito, pode indiferentemente ser tanto parcial quanto imparcial - não há neste caso possibilidade de avaliação. É somente com uma decisão motivada que se pode aferir a parcialidade e, portanto, garantir a imparcialidade da decisão judicial⁶⁹⁵. Só pela apreciação dos motivos é que se poderá verificar se o julgamento é fruto de uma avaliação imparcial.⁶⁹⁶ A motivação aparece, pois, conexa ao direito ao juiz natural e coloca-se como uma condição necessária para verificação da imparcialidade do juiz em cada decisão judicial.

A motivação das decisões tem íntima ligação com o *direito fundamental ao contraditório*. Configura, conforme a doutrina, o “*banco de prova do direito ao contraditório*”⁶⁹⁷, isto é, como última manifestação desse direito. No cenário do Estado Constitucional, com efeito, o direito ao contraditório não diz respeito apenas às partes: a ele submete-se também o órgão jurisdicional⁶⁹⁸. Não podendo mais ser visto como mera

691 Ingo Sarlet; Luiz Guilherme Marinoni; Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*, pp. 643-646. Referidos autores apontam, também, a existência de um direito fundamental ao promotor natural.

692 Ingo Sarlet; Luiz Guilherme Marinoni; Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*, p. 644.

693 Antônio do Passo Cabral. “Imparcialidade e imparcialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal”. In: *Revista de Processo*. v. 149. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 341; Ingo Sarlet; Luiz Guilherme Marinoni; Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*, p. 644-645.

694 Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 399.

695 Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 400.

696 Barbosa Moreira. “A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito”, p. 87.

697 Ingo Sarlet; Luiz Guilherme Marinoni; Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*, p. 665.

698 Ingo Sarlet; Luiz Guilherme Marinoni; Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*, p. 648.

bilateralidade de instância, ou seja, como direito da parte de tomar ciência e manifestar-se sobre atos da contraparte, o direito ao contraditório só pode ser visto como direito de influenciar nos rumos do processo e da decisão judicial⁶⁹⁹. É esse o resultado da máxima eficácia do direito fundamental ao contraditório: impõe não só a disposição dos meios de exercê-lo, mas principalmente de fazer com que o seu exercício incida sobre a convicção do juiz. Evidentemente, conforme refere Taruffo, de nada adiantaria garantir às partes o direito de ciência e de manifestação se, no momento de decidir, fosse permitido ao juiz ignorar o material por elas aportado ao processo relativamente às chamadas questões de fato e de direito⁷⁰⁰. Significa que o órgão jurisdicional tem o dever de debate para com as partes, não só a fim de evitar decisão surpresa, mas também para que a decisão contenha uma apreciação completa a respeito das razões suscitadas pelas partes – a motivação é o ponto de referência das partes para avaliar se suas razões foram apreciadas⁷⁰¹. Nada mais natural já que a própria ideia de justificação traz consigo, conforme registra Aulis Aarnio, a de diálogo: “*There are good reasons to repeat in this phase that the justification procedure is essentially a dialogue*”⁷⁰².

É inerente à concepção de justificar uma decisão judicial que se coloque no âmbito de uma disputa judicial que o juiz aprecie as questões suscitadas pelas partes, seja no que concerne aos pontos relativos à interpretação normativa, seja no que concerne à interpretação e avaliação das questões de fato e de prova: “*A justifiable decision of the dispute, so far as it is a dispute about law, will have to make a ruling on the issues in contention between the parties as to the relevancy of any proposition adduced as a proposition of law by either party or to the interpretation of such a proposition, or as to the proper classification or evaluation of facts in the light of the descriptive or evaluative concepts or categories involved in the given proposition*”⁷⁰³. Não se poder admitir, portanto, uma concepção generalizada na jurisprudência brasileira segundo a qual bastaria expor-se “de modo claro as razões de seu convencimento”⁷⁰⁴, pois se coloca em total descompasso com a nova visão a respeito do direito ao contraditório⁷⁰⁵. A decisão que não dialogue efetivamente com as razões levantadas

699 Ingo Sarlet; Luiz Guilherme Marinoni; Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*, p. 648.

700 Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, pp. 401-402.

701 Neste sentido, referindo-se ao direito de defesa, Nicòlo Trocker. *Processo Civile e Costituzione*, p. 460.

702 Aulis Aarnio. *The Rational as Reasonable*, p. 187.

703 Neil MacCormick. “Why cases have rationes and what these are”. In: Laurence Goldstein (org.). *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1991, pp. 169-170.

704 STF, AgRg no AI 666.723/SC, Rel, Min. Carlos Britto, j. em 19.05.2009.

705 “Se o contraditório significa direito de influir, é pouco mais do que evidente que tem de ter como

pelas partes fere o caráter cooperativo do processo, sendo na motivação que deva constar a apreciação do órgão jurisdicional a respeito dos fundamentos deduzidos pelas partes⁷⁰⁶. Daí que se entende que a motivação das decisões judiciais consiste na “*última manifestação do contraditório*”⁷⁰⁷, porque a extensão da motivação mede-se em função do direito ao contraditório e da atividade das partes⁷⁰⁸. É na garantia do direito à motivação que se poderá avaliar verdadeiramente, portanto, o exercício substancial do direito ao contraditório, havendo, dessa forma “*um nexó inarredável entre inafastabilidade da jurisdição, direito fundamental ao contraditório e dever de fundamentar as decisões jurisdicionais, sem o qual não se pode reconhecer a existência de um processo justo*”⁷⁰⁹. A completude da motivação, dessa feita, deve ser vista em função da atividade das partes⁷¹⁰.

A motivação encontra vínculo de instrumentalidade também com a efetividade do *direito fundamental à prova*, de um certo modo já abordado no ponto anterior. Conforme visto, condição necessária para a prolação de uma decisão justa é a correta avaliação dos fatos⁷¹¹, colocando-se, assim, o juízo de fato em patamar tão importante quanto a justificação do juízo de direito. O direito à prova é composto, dentre outros, pelo direito à admissão da prova no processo e pelo direito à sua escoreta valoração, sendo que o primeiro logicamente antecedente ao segundo⁷¹². Ambos os juízos são dependentes de uma adequada motivação. No que concerne ao juízo de admissibilidade da prova, é indispensável que o juiz justifique as razões pelas quais admite ou não admite um meio de prova, pois, do contrário, o direito à prova resumir-se-ia a uma determinação meramente formal: “*È evidente infatti che, in mancanza di ciò, la garanzia inerente alla possibilità di avvalersi di tutti i mezzi di prova utili*

contrapartida *dever de debate – dever de consulta*, de diálogo, inerente à estrutura cooperativa do processo. Como é de fácil intuição, não é possível aferir se a influência foi efetiva se não há dever judicial de rebate aos fundamentos levantados pelas partes” (Ingo Sarlet; Luiz Guilherme Marinoni; Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*, p. 667).

706 Daniel Mitidiero. *Colaboração no Processo Civil*, p. 154.

707 Teresa Arruda Alvim Wambier. *Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 389.

708 Daniel Mitidiero. “Fundamentação e precedente – Dois Discursos a Partir da Decisão Judicial”, p. 63.

709 Daniel Mitidiero. *Colaboração no Processo Civil*, p. 154.

710 Daniel Mitidiero. *Colaboração no Processo Civil*, p. 154.

711 Michele Taruffo. *La Prova dei Fatti Giuridici*, p. 43.

712 “Na verdade, se se quiser construir um direito probatório de corte racional, a distinção dos planos é fundamental e deve ser mantida firme. A questão do juízo de admissibilidade de um meio de prova nada diz com o livre convencimento do julgador. Tampouco pode ser qualificada como uma simples questão de fato. Ao contrário, o juízo de admissibilidade de uma determinada prova é questão de direito, e é preliminar à entrada em funcionamento do princípio do livre convencimento. Somente depois de afirmada a admissibilidade de uma prova, ou seja, selecionadas as provas que poderão ser acessadas pelo julgador e pelas partes, é que se passa à sua avaliação, medida no plano da convicção judicial e, aí sim, à luz do livre convencimento, não antes” (Danilo Knijnik. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 21). No mesmo sentido, Daniel Mitidiero. *Colaboração no Processo Civil*, p. 145.

e ammissibili rimarrebbe puramente formale, poiché il giudice potrebbe porla concretamente nel nulla, attraverso la reiezione immotivata delle istanze istruttorie di una parte”⁷¹³. Já no que concerne ao juízo de valoração da prova, conforme visto no item precedente, a motivação adquire posição essencial. Na configuração do juízo de fato a motivação assume papel fundamental de racionalidade da valoração da prova⁷¹⁴. Basta ver, no exemplo dado da figura que representa o discurso justificativo, a necessidade de demonstração de j(H), que é justamente a justificação externa da premissa de fato adotada, de todo relativa à valoração do material probatório.

Doutrina de escol insere no rol de direitos fundamentais processuais *o direito fundamental à publicidade*, que assim o seria mesmo que não estivesse constitucionalmente previsto, dado o necessário caráter democrático da administração da justiça no Estado Constitucional⁷¹⁵. Justamente em razão do caráter democrático de toda forma de exercício de poder no Estado Constitucional é que se coloca uma indispensável relação entre motivação e o direito fundamental à publicidade. Houve ordenamentos, como se sabe, que impunham o dever de motivar sem existir, contudo, uma correlata exigência de que a decisão fosse publicada. Atendia-se com isso à função endoprocessual da motivação (partes e juízo recursal tendo conhecimento das razões de decidir para o fim de possibilitar o efetivo alcance da decisão e sua possibilidade de impugnação e revisão). Mas não seria possível a realização do controle democrático da administração da justiça – a chamada função extraprocessual da motivação. Se, hodiernamente, no entanto, o exercício do poder só é legítimo se democrático, então logo se vê que motivação sem publicidade só poderia ser admitida em um contexto sócio-cultural bem diferente do nosso. No quando do Estado Constitucional, portanto, há íntima relação entre motivação e publicidade: de um lado, de nada adiantaria a publicidade de *dictum oracular*⁷¹⁶, uma decisão arbitrária, não motivada; de outro, uma ideia de controle externo da decisão judicial só pode ser concebida compreendendo a motivação conjugada com a publicidade⁷¹⁷.

713 Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 439.

714 “Nella configurazione dell giudizio di fatto alla luce del principio del libero convincimento del giudice, la motivazione assume un ruolo fondamentale di razionalizzazione della valutazione delle prove, in quanto la discrezionalità di tale valutazione non esclude, ed anzi implica che questa sia adeguatamente giustificata” (Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile*, p. 444).

715 Ingo Sarlet; Luiz Guilherme Marinoni; Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*, p. 663.

716 Michele Taruffo. *La Motivazione della Setenza Civile*, p. 407.

717 Michele Taruffo. *La Motivazione della Setenza Civile*, p. 407.

3. O Discurso do Precedente a Partir da Justificação: Tutela dos Direitos em uma Perspectiva Geral Mediante a Promoção da Igualdade e da Liberdade

Além de proporcionar a tutela dos direitos numa perspectiva particular, mediante a prolação de uma decisão justa e, sendo o caso, com a adequada efetivação, a justificação da decisão judicial abre espaço também para que se proporcione a uniformidade de tratamento das pessoas e a unidade do direito, o que se faz por meio do discurso do precedente⁷¹⁸. Esse discurso difere-se do discurso da motivação: dentro da motivação podem-se isolar os motivos determinantes aos quais haverá vinculação para proporcionar a tutela dos direitos em perspectiva geral⁷¹⁹. É possível a promoção da tutela dos direitos em perspectiva geral a partir da justificação, por sua vez, por duas frentes. De um lado, oportuniza-se que se tratem as pessoas de forma isonômica, mediante a garantia da igualdade de resultados da atividade interpretativa e decisória. De outro, possibilita-se a redução da indeterminabilidade do direito, criando-se um ambiente mais seguro para o desenvolvimento da vida social. Em suma, o precedente serve como meio imediato para a promoção da igualdade e como meio mediato para a promoção da liberdade⁷²⁰.

3.1. Tutela da Igualdade

3.1.1. Igualdade como Fim do Estado Constitucional

O Estado Constitucional, como Estado Democrático e de Direito, impõe que todos estejam submetidos à juridicidade. Isso aponta, de um lado, para a ideia de que todos estão abaixo do direito (cuja consequência é a exclusão de arbitrariedade) e, de outro, para a noção

718 Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 26.

719 “Dentro da fundamentação estão presentes os motivos determinantes da decisão. Mediante a análise da fundamentação é possível isolar os motivos determinantes ou a *ratio decidendi*” (Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes Obrigatórios*, p. 293).

720 Entendemos oportuno reiterar, aqui, a ressalva já efetuada, no sentido de que adotamos como premissa dada o fato de que a função de precedente é exercida pelas Cortes Supremas, cuja função imediata é a de interpretar o direito, conferindo, assim unidade ao ordenamento jurídico, ao passo que a fundação das Cortes de Justiça é julgar o caso com justiça. A tese adotada pode ser conferida em: Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*; Luiz Guilherme Marinoni. *O STJ Enquanto Corte de Precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*; Michele Taruffo. “La Corte di Cassazione e la legge”.

de justiça, o que, por sua vez, é indissociável do princípio de igualdade⁷²¹. A mais elementar noção de justiça, com efeito, remete a tratar de modo igual casos iguais (justiça formal).

A igualdade é um fim a ser atingido no Estado Constitucional. É um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais e “*se considera que se trata de um pressuposto para a uniformização do regime das liberdades individuais a favor de todos os sujeitos de um ordenamento jurídico*”⁷²². Na Constituição brasileira (art. 5º, *caput*) está previsto que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito (...) à igualdade*”. É, pois, princípio estruturante do Estado Constitucional⁷²³. A igualdade é um fim também porque é uma norma que assegura a uniformidade de aplicação de todas as outras normas do ordenamento jurídico brasileiro⁷²⁴. Aplicar de modo igual os direitos é uma finalidade em si mesma. A ideia de igualdade pertinente ao presente trabalho relaciona-se com a de fim, a de que as pessoas sejam tratadas de forma igual. Responde, por isso, a uma noção de *igualdade perante o direito* que, de forma mais específica, significa *igualdade na aplicação do direito*, uma das dimensões da igualdade⁷²⁵.

3.1.2. Superação da Compreensão Formalista de Igualdade

É claro que a ideia de igualdade não é nova. Vem atrelada à de Estado de Direito e está no lema da Revolução Francesa. A questão é compreender de que forma o formalismo interpretativo pensou que se poderia tratar a igualdade. Como se viu na primeira parte do presente trabalho, na concepção do formalismo interpretativo cabe ao intérprete apenas descrever o significado do dispositivo normativo que, por sua vez, seria suscetível de conhecimento. Nesse caso, haveria sempre um sentido certo e exato da norma, anterior e independentemente da atividade de interpretação. Se o significado da lei é prévio e claro, e se

721 J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*, p. 245.

722 J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*, p. 426.

723 Ingo Sarlet; Luiz Guilherme Marinoni; Daniel Mitidiero. *Curso de Direito Constitucional*, p. 532.

724 “A igualdade é, em primeiro lugar, uma norma que está por trás de todas as outras, porque lhes assegura uniformidade de aplicação. Todos os direitos assegurados pela Constituição são assegurados com igualdade: quando a Constituição assegura o direito de propriedade, ela o assegura com igualdade; quando protege a liberdade, o faz com igualdade, e assim sucessivamente” (Humberto Ávila. *Teoria da Igualdade Tributária*. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 144).

725 “A igualdade na aplicação do direito continua a ser uma das dimensões básicas do princípio da igualdade constitucionalmente garantido e (...) ela assume particular relevância no âmbito da aplicação igual da lei (do direito) pelos órgãos da administração e pelos tribunais” (J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*, p. 257).

a interpretação envolve um puro ato de conhecimento, então se imaginou que seria possível proibir o juiz de interpretar a lei⁷²⁶, a tal ponto que Robespierre chegou a afirmar em um discurso que a palavra jurisprudência deveria ser apagada do vocabulário francês, porque não seria outra coisa que a própria lei⁷²⁷. A igualdade, nessa perspectiva, estaria garantida pela abrangência da legislação e na proibição de interpretar a lei. Sem interpretação, a lei seria aplicada a todos de forma igual.

Comentando essa concepção, Carré de Malberg demonstrou que a crença de que as codificações modernas seriam capazes de regular todos os casos que pudessem ser colocados diante de um juiz não passou de atribuir à legislação uma virtude e uma extensão de eficácia exagerada⁷²⁸, uma vez que esta concepção não corresponde à realidade dos fatos⁷²⁹. Com razão o jurista francês. Conforme tivemos a oportunidade de demonstrar, sempre há interpretação, mesmo naquelas hipóteses em que texto mostra-se “claro”⁷³⁰. Os referidos problemas de indeterminabilidade do ordenamento jurídico, de equivocidade das normas e de ambiguidade da linguagem na qual o direito é vertido demonstram que não é possível imaginar uma possibilidade de garantia de igualdade *na lei*, ou seja, de aplicação de normas de modo igualitário *antes* da interpretação.

Se é verdade, portanto, que o intérprete não descobre, mas reconstrói o sentido normativo⁷³¹, parece ser claro que o problema da igualdade como um fim, como um estado ideal de igualdade na aplicação das normas a ser atingido⁷³² só poderá ser proporcionado por

726 “Tudo o que só era compreensível com fundamento naquele radical legalismo que concebia a lei tão absoluta e auto-suficiente que lhe era possível proibir a interpretação, pensar em prescindir da jurisprudência e ver nos juízes *'la bouche qui prononce les paroles de la loi'* – a função jurídica via-se assim reduzida a uma tarefa de aplicação mecânica, lógico-silogística do texto legal, automaticamente e sem problemas” (António Castanheira Neves. *O Instituto dos “Assentos” e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, p. 81).

727 “Ce mot de jurisprudence des tribunaux dans l'acception qu'il avait dans l'ancien régime ne signifie plus rien dans le nouveau, il doit être effacé de notre langue. Dans un État qui a une Constitution, une législation la jurisprudence n'est autre chose que la loi – de um discurso de Robespierre” (António Castanheira Neves. *O Instituto dos “Assentos” e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, p. 81, n. 166).

728 Carré de Malberg. *Contribution à la Théorie Générale de l'État*. Tome Premier, Paris: C. N. R. S., 1920, p. 718.

729 “Mais il vient d'être démontré que cette conception ne répond point à la réalité des faits.” (Carré de Malberg. *Contribution à la Théorie Générale de l'État*, p. 718).

730 “In questo senso, qualsiasi decisione intorno al significato di un testo, non importa se 'chiaro' od 'oscuro', costituisce interpretazione. Attribuire ad un testo un significato ovvio o non controverso (come pure risolvere una controversia 'facile') può non richiedere argomentazione. Nondimeno, anche un significato ovvio è pur sempre un significato, e il significato è una variabile dipendente dell'interpretazione. Attribuire ad un testo un dato significato e non un altro, come pure includere una data fattispecie nel (o escluderla dal) campo di applicazione di una certa norma, per quanto possano apparire operazione ovvie e pacifiche, costituiscono comunque interpretazione” (Riccardo Guastini. *Interpretare e Argomentare*, p. 405).

731 Humberto Ávila. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, p. 36.

732 Igualdade, nesse sentido, visto como tipo normativo “princípio” (Humberto Ávila. *Teoria da Igualdade Tributária*, p. 136).

meio da aplicação igualitária das normas *depois* do resultado da interpretação. Se a norma só se reconstrói com a interpretação, a igualdade de aplicação do direito só poderá ser pensada em termos de igualdade de aplicação da *interpretazione-prodotto*, ou seja, diante das decisões judiciais. Com efeito, “quando se tem consciência teórica de que a decisão nem sempre é resultado de critérios previamente normatizados, mas pode constituir regra, fundada em elementos que não estão presentes na legislação, destinada a regular um caso concreto, não há como deixar de perceber que as expectativas que recaíam na lei transferem-se para a decisão judicial”⁷³³.

3.1.3. Justificação e Precedente: Universalização de Razões

Há uma íntima relação entre a justificação da decisão judicial e a adoção de um sistema de precedentes. É fundamental na prática de um sistema de precedentes que as decisões sejam justificadas⁷³⁴, porque é por meio da justificação da decisão judicial que os juízes estabelecem os precedentes⁷³⁵. A constatação de que o que constitui um precedente é a justificação da decisão judicial, conforme MacCormick, é de grande relevância⁷³⁶. É impensável, na realidade, a hipótese de tratar de precedentes sem haver por trás uma adequada teoria da interpretação e justificação das decisões judiciais, uma vez que, segundo refere, só sabendo quais tipos de raciocínio justificativo são apropriados para o discurso judicial que se poderá compreender os elementos dos precedentes⁷³⁷. Por essa razão, a teoria dos precedentes vem sendo estudada, com efeito, no âmbito da teoria da interpretação, da argumentação e da justificação⁷³⁸.

733 Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes Obrigatórios*, p. 153.

734 J. A. Jolowicz. “Fundamental guarantees in civil litigation: England”, p. 169.

735 “It is in the statement of opinions upon cases by way of justifications of decisions that judges lay down precedents and build up case law (or, perhaps, provide the materials out of which scholars and practitioners can build up an articulate body of case law)” (Neil MacCormick. *Rhetoric and the Rule of Law*, p. 144).

736 “To make the point that the judicial opinion which sets or constitutes a precedent is a judge's opinion considered as stating a justification of a decision matters a great deal” (Neil MacCormick. *Rhetoric and the Rule of Law*, p. 144). Frederick Schauer, por seu turno, refere que não se deve saber só *o que* a corte decidiu, mas *porquê* decidiu: “We need not to know only *what* the precedent court decided, but *why* it decided it” (*Thinking Like a Lawyer*, p. 50).

737 “For it is as *justificatory* reasoning that judicial opinions are normative, and it is only being normative that they can go toward the construction of normative law or towards guiding interpretation. Accordingly, it must seem doubtful whether any adequate understanding of precedent (its source) could proceed in the absence of an adequate theory of legal justification. Only by knowing the kinds of justifying reasons which are proper to judicial decisions can we know the possible elements of judicial precedents” (Neil MacCormick. *Rhetoric and the Rule of Law*, p. 144).

738 “L'uso del precedente viene talvolta studiato nel contesto del ragionamento giudiziario e

A ideia de justificação, por seu turno, traz consigo, inarredavelmente – pelo menos numa concepção de justificação racional -, a compreensão de que as razões justificadoras de uma decisão devem ser universalizáveis: sempre que acontecer uma determinada situação de fato deve-se aplicar a mesma consequência para todas as ocasiões que tiverem a mesma circunstância⁷³⁹. Essa é uma característica do discurso prático racional em geral e, no particular, do discurso jurídico, mais especificamente da justificação interna da decisão⁷⁴⁰. Isso significa que “*as regras e formas da justificação interna submetem-se ao princípio da universalidade, o que corresponde à subordinação ao princípio de justiça formal de tratar igualmente o igual*”⁷⁴¹. O princípio da universalidade exige que para a fundamentação de uma decisão jurídica seja aduzida pelo menos uma regra universal e de que cada decisão siga pelo menos uma regra universal⁷⁴². É justamente o “princípio da universalidade”, afirma Cruz e Tucci, que justifica a recepção do caso anterior para solução da hipótese posterior⁷⁴³. Na verdade, em qualquer sistema jurídico, é elemento indispensável da justificação da decisão a enunciação de uma norma universal⁷⁴⁴.

Há, com efeito, “*uma conexão incindível entre as ideias de justificação e universalização*”⁷⁴⁵. Justificar um ato é demonstrar que esse ato é correto e, para MacCormick, mostrar que é correto é demonstrar que sempre que determinadas circunstâncias

dell'argomentazione giuridica” (Michele Taruffo. “Dimensioni del precedente giudiziario”. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. n. 2. Milano: Giuffrè, 1994, p. 412). Com efeito, são exemplos: Robert Alexy. *Teoria da Argumentação Jurídica*, pp. 267 e ss.; Riccardo Guastini. *Interpretare e Argomentare*, pp. 262-265; Pierluigi Chiassoni. *La Giurisprudenza Civile*, pp. 145-259; Neil MacCormick. *Rhetoric and the Rule of Law*; Thomas da Rosa de Bustamante. *Teoria do Precedente Judicial*; Luiz Guilherme Marinoni. *O STJ Enquanto Corte de Precedentes*; Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*; Raimo Siltala. *A Theory of Precedent: From Analytical Positivism to a Post-analytical Philosophy of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2000.

739 “A racionalidade é assegurada por regras racionais de argumentação, dentre as quais a necessidade de justificação e de universalização. Desse modo, nenhuma asserção pode ser feita sem que lhe seja agregado um argumento. Essa justificação, a seu turno, depende da sua capacidade de universalidade: sempre que ocorrer determinado fato, deve ser aplicada determinada consequência, assim ocorrendo para todos os casos que tiverem as mesmas características” (Humberto Ávila. *Segurança Jurídica*, p. 273).

740 Robert Alexy. *Teoria da Argumentação Jurídica*, p. 281.

741 Robert Alexy. *Teoria da Argumentação Jurídica*, p. 281.

742 Thomas da Rosa de Bustamante. *Teoria do Precedente Judicial*, p. 113.

743 “Ora, o elemento crucial que efetivamente justifica a recepção análoga da decisão anterior para a solução da hipótese posterior é o 'princípio da universalidade', entendido como uma exigência natural de que os casos substancialmente iguais sejam tratados de modo semelhante. É ele, com efeito, o componente axiológico que sempre revestiu a ideia de Justiça 'como qualidade formal' (José Rogério Cruz e Tucci. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*, p. 25).

744 Thomas da Rosa de Bustamante. *Teoria do Precedente Judicial*, p. 111.

745 Thomas da Rosa de Bustamante. *Teoria do Precedente Judicial*, pp. 111-112.

aparecerem, o mesmo ato deve ser tomado⁷⁴⁶. *Não há, portanto, justificação sem universalização*, na famosa frase de MacCormick⁷⁴⁷, mesmo que a universalização seja tida por superável⁷⁴⁸.

3.1.4. Precedente como Meio Imediato de Promoção da Igualdade. Tratamento Isonômico das Pessoas

Logo se vê que, possuindo a justificação uma dimensão de universalidade, torna-se apta a promover a tutela dos direitos numa perspectiva geral por meio da vinculação às razões generalizáveis do precedente⁷⁴⁹, conferindo, com isso, um maior grau de igualdade de tratamento entre os cidadãos. Segundo Guastini, a prática do precedente está justamente num procedimento de universalização envolvendo o contexto de uma decisão concreta sob uma norma geral (ou universal) que a justifique⁷⁵⁰.

Nesse sentido, diz-se que o principal fundamento de um sistema de precedentes obrigatórios está na igualdade de todos perante o direito⁷⁵¹. A tutela do direito numa perspectiva geral de tratamento isonômico das pessoas por meio de precedentes está relacionado com a tutela da igualdade⁷⁵². A compreensão argumentativa do direito impõe que o tratamento igualitário deverá ser buscado não num imaginado sentido único e predeterminado da norma, mas, ao contrário, justamente no tratamento uniforme dos resultados da interpretação quando se estiver diante de um determinado contexto de fato. É importante ressaltar que o problema da igualdade de tratamento não se esgota no discurso do precedente⁷⁵³. O precedente (a vinculação às razões generalizáveis), a nosso ver, é apenas um

746 “This follows, I believe, from the implications inherent in the very idea of 'justification'. To justify an act is to show that it is right. To show that it is right is to show that, upon any objective view of the matter, the act ought to have been done, or even had to be done, given the character of the act and the circumstances of the case” (Neil MacCormick. *Rhetoric and the Rule of Law*, p. 98).

747 “There is, I submit, no justification without universalization”. (Neil MacCormick. *Rhetoric and the Rule of Law*, p. 99).

748 Neil MacCormick. *Rhetoric and the Rule of Law*, p. 99.

749 Daniel Mitidiero. “Fundamentação e Precedente – Dois Discursos a Partir da Decisão Judicial”, p. 71.

750 “Di fatto, però, l'identificazione della *ratio decidendi* – almeno ogniqualvolta questa non sia stata espressamente enunciata – non è per nulla scoperta. È piuttosto un procedimento di 'universalizzazione' (un tipo di ragionamento largamente studiato e discusso soprattutto in meta-etica), che consiste nel ricondurre *congetturalmente* una decisione individuale sotto una norma generale (o universale) che la giustifichi” (Riccardo Guastini. *Interpretare e Argomentare*, p. 264).

751 Luiz Guilherme Marinoni. *O STJ Enquanto Corte de Precedentes*, p. 162.

752 “O Estado Constitucional não apenas proclama e incentiva a igualdade nas relações sociais, mas tutela a igualdade” (Luiz Guilherme Marinoni. *O STJ Enquanto Corte de Precedentes*, p. 162).

753 O problema da igualdade é evidentemente mais complexo e reclama como sujeitos da atuação os três

meio que tem a capacidade de promover, pelo menos no âmbito formal, um mais elevado nível de igualdade de tratamento entre os sujeitos das decisões judiciais⁷⁵⁴. Por isso, “a realização da igualdade requer a universalização do precedente. O fundamento essencial ou determinante do precedente deve se delinear de modo a abarcar o maior número possível de situações jurídicas similares, propiciando-lhes tratamento igualitário”⁷⁵⁵.

Aliás, talvez nem fosse necessário um grande esforço justificativo para que haja tratamento igualitário por meio do precedente, já que, afinal, “it is a basic principle of the administration of justice that like cases should be decided alike”⁷⁵⁶. A necessidade de justificação das decisões judiciais impõe um dever de justiça formal, porque, no âmbito do Estado Constitucional, não podem ser *ad hoc* ou *ad hominem*, podendo-se dizer, com apoio em MacCormick, que a ideia de justificação da decisão em si traz o dever de olhar para trás e para frente⁷⁵⁷. Deve olhar para trás, para resolver o caso, e deve olhar para frente, pois sempre que uma mesma situação ocorrer, a mesma justificação deve ser empregada.

Decorre daí que o processo deve velar pela promoção da unidade do direito mediante a formação de precedentes para a consecução de uma ordem jurídica isonômica⁷⁵⁸, o que demanda um tratamento igualitário no sentido formal de igualdade perante o direito⁷⁵⁹. A vinculação ao precedente, com efeito, “é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto de mais severa

poderes. Por todos, Humberto Ávila. *Teoria da Igualdade Tributária*.

754 Por não dizer nada a respeito do conteúdo da decisão e, portanto, do tratamento, diz-se que promove a igualdade numa perspectiva formal: “The closely related but distinct requirements – consistency, adherence to precedent and conformity to rules – can limit the scope of discretion. They are considered requirements of justice because they promote equality of treatment of those subject to decisions. Because they do not specify the content of decisions, they are sometimes called requirements of formal justice” (Michael D. Bayles. *Procedural Justice – Allocating to individuals*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1990, p. 110).

755 Luiz Guilherme Marinoni. *O STJ Enquanto Corte de Precedentes*, p. 164.

756 Rupert Cross; J. W. Harris. *Precedent in English Law*, p. 3.

757 Neil MacCormick: “As I have remarked elsewhere, the requirement of formal justice has forward-looking as well as backward-looking application. That is why justifiable judicial decision where disputes of law arise must be founded on a ruling about the law which is neither *ad hoc* nor *ad hominem*” (Neil MacCormick. “Why cases have rationes and what these are”, p. 161).

758 Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 16.

759 “That courts maintain uniformity in law and in its interpretation and application from case to case can be considered a requirement for securing the rule of law or *Rechtsstaat*; for these are ideals that demand the equal treatment of individuals in the sense of formal equality before the law. This would be a sham if the law were subject to varying interpretation from case to case, for it would only be nominally the same law that applied to different cases with essentially similar features among themselves” (Zenon Bankowski; Neil MacCormick; Lech Morawski; Alfonso Ruiz Miguel. “Rationales for precedent”. In: Neil MacCormick; Robert S. Summers (orgs.). *Interpreting Precedents – A Comparative Study*. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997, p. 488)

fundamentação”⁷⁶⁰. Por meio do precedente, portanto, é possível promover imediatamente a igualdade, mediante o tratamento igual de casos iguais, tutelando os direitos numa perspectiva geral, uma vez que “*uniformity of law is an essencial part of equality of treatment os essentially similar cases, that is, cases which qualify as similar under given (and stable) interpretation of law*”⁷⁶¹.

Na verdade, podemos concluir com MacCormick, o precedente tem uma real significância para *qualquer que seja o sistema jurídico em que a igualdade entre as pessoas é respeitada*⁷⁶².

3.2. Tutela da Liberdade

Numa perspectiva geral, o precedente poderá também ser meio mediato para a tutela dos direitos numa dimensão geral, não só criando uma ordem mais isonômica, mas proporcionando um ambiente mais seguro para o desenvolvimento da vida social⁷⁶³ e, conseqüentemente, promovendo a liberdade.

3.2.1. Superação da Compreensão Formalista de Segurança Jurídica

Uma vez que o formalismo interpretativo vê o direito como um objeto a ser apreendido, e a interpretação jurídica uma atividade que, por meio de puro conhecimento, descobre-se um sentido prévio, exato e único das normas, o conteúdo da segurança jurídica proposto pelo formalismo só poderia ser a demanda da capacidade de o cidadão poder entender, com exatidão, o conteúdo normativo das normas⁷⁶⁴, compreendendo-se como por um viés estático de plena determinação. Quanto à variação no tempo, com relação ao passado a segurança jurídica seria sinônimo de imutabilidade das normas e, no que se refere ao futuro, total capacidade de antecipar as conseqüências jurídicas de condutas próprias ou alheias, isto

760 Humberto Ávila. *Segurança Jurídica*, p. 463.

761 Zenon Bankowski; Neil MacCormick; Lech Morawski; Alfonso Ruiz Miguel. “Rationales for precedent”, p. 488.

762 “However that may be, this paper may conclude as it started, by underlying that precedent does have real significance for any legal system, any country, in which human equality is respected” (Neil MacCormick. “The significance of precedent”. In: *Acta Juridica*, 1998, Juta & Co. Ltd, 1998, p. 187).

763 Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 26.

764 Humberto Ávila. *Segurança Jurídica*, p. 122.

é, segurança como “certeza absoluta”⁷⁶⁵.

Conforme antes se referiu, a noção de uma norma com sentido exato e único previamente determinado via a segurança jurídica como apoiada num sistema codificado, abstrato, rígido e fechado⁷⁶⁶ que proporcionasse um ideal de absoluta certeza. Essa compreensão decorre de uma forma de compreender a segurança jurídica como uma absoluta predeterminação normativa, que proporcionasse o seu conhecimento certo e no âmbito de uma aplicação do direito (silogismo lógico-dedutivo) que permitisse total certeza das consequências jurídicas, de modo que os cidadãos pudessem, assim, mover-se “*em termos de homem securus*”⁷⁶⁷. No clima do formalismo, portanto, supôs-se que a lei seria capaz de garantir a segurança jurídica pela estrita vinculação do juiz à lei, elevando-se a segurança jurídica como certeza, transformando-a num “dogma inquestionável”⁷⁶⁸.

Quando, no entanto, se admite que o direito é entendido como uma prática argumentativa estruturada por meio do qual são reconstruídos os sentidos normativos, pode-se, ao contrário, compreender que os enunciados jurídicos contêm conceitos que são, em virtude da linguagem, em alguma medida indeterminados e em alguma medida determinados ou determináveis⁷⁶⁹. Em decorrência dessa constatação, ao invés da concepção de absoluta determinação e total previsibilidade, utilizam-se as noções de determinabilidade e de calculabilidade, para fazer referência à capacidade de o cidadão conhecer os sentidos possíveis da norma a que vai obedecer e controlar a sua concretização⁷⁷⁰. Segurança jurídica, nesse sentido, “*é a garantia de que o cidadão possa conhecer e calcular as consequências alternativas atribuíveis pelo Direito aos atos ou fatos, de modo que a consequência efetivamente aplicada no futuro situe-se dentro daquelas alternativas reduzidas e antecipadas*”⁷⁷¹.

3.2.2. A Justificação Como Fator de Redução da Indeterminabilidade do

765 Humberto Ávila. *Segurança Jurídica*, pp. 124-125.

766 António Castanheira Neves. *O Instituto dos “Assentos” e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, p. 37.

767 “A certeza, nesse caso, apresenta-se como o próprio *definiens* axiológico do direito (o direito puramente como 'ordem' formal). Implica uma pré-determinação do normativo jurídico que possibilite seu conhecimento *certus* e postula um esquema de aplicação do direito que permita a previsibilidade e porventura o 'cálculo' - *savoir c'est prévoir* -, para que assim os destinatários do direito se possam mover no seio dele em termos de um homem *securus*” (António Castanheira Neves. *O Instituto dos “Assentos” e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, p. 37).

768 John Henry Merryman. *The Civil Law Tradition*. Stanford: Stanford University Press, 1981, p. 50.

769 Humberto Ávila. *Segurança Jurídica*, p. 149.

770 Humberto Ávila. *Segurança Jurídica*, p. 150.

771 Humberto Ávila. *Segurança Jurídica*, p. 150.

Direito

Uma vez que o processo de interpretação jurídica envolve decisões e escolhas, a justificação da decisão judicial toma papel de relevo a fim de justificar racionalmente as opções adotadas dentre as várias alternativas possíveis. Não há, como já visto, uma absoluta discricionariedade do intérprete, que está limitado a estruturas argumentativas racionais e a núcleos de significado mínimos que não podem ser ignorados. Mas o direito não é só indeterminado em razão da linguagem, pois também o é em razão da necessidade de avaliação e resolução de problemas de prova, qualificação e relevância⁷⁷². Se todas essas questões estão envolvidas na aplicação do direito, então devem ser dadas razões para justificar uma determinada aplicação a um determinado caso concreto à luz dos atos, fatos e circunstâncias desse caso⁷⁷³. Em outras palavras, no momento da aplicação do direito a sua indeterminação abstrata precisa tornar-se determinação concreta à luz de determinados atos, fatos e circunstâncias, de modo que “*l'interpretazione 'in concreto' riduce l'indeterminatezza delle norme, identificando i casi concreti che sono disciplinati da ciascuna norma*”⁷⁷⁴, o que é feito e legitimado, no processo, pela justificação⁷⁷⁵.

Se isso é correto, então pode-se dizer que a justificação da decisão judicial contribui para uma maior determinabilidade do direito em relação a uma determinada situação. Ou seja, a justificação fixa intersubjetivamente os núcleos de significado, que, no futuro, não podem ser ignorados pelo intérprete em casos em que ocorrerem circunstâncias semelhantes⁷⁷⁶. O espectro em que se situam as consequências normativas alternativas, pode-se igualmente concluir, é limitado pela justificação da decisão judicial⁷⁷⁷.

Nesse contexto, o resultado do processo de interpretação, mediado pela justificação, contribui para a conformação da ordem jurídica e para uma maior determinabilidade do

772 Neil MacCormick. *Rhetoric and the Rule of Law*, p. 27.

773 “A justifiable decision of the dispute, so far as it is dispute about law, will have to make a ruling in issues in contention between the parties as to the relevancy of any proposition adduced as a proposition of law by either party or as to the interpretation of such a proposition, or as to the proper classification or evaluation of facts in the light of the descriptive or evaluative concepts or categories involved in the given proposition” (Neil MacCormick. “Why cases have rationes and what these are”, pp. 169-170).

774 Riccardo Guastini. *Interpretare e Argomentare*, p. 18.

775 É importante referir que o problema da indeterminabilidade do ordenamento não é inteiramente resolvido pela justificação das decisões judiciais; esse é, apenas, um dos fatos que a nosso ver contribuem para tanto. Sobre meios de um mais elevado grau de determinabilidade, por todos, Humberto Ávila. *Segurança Jurídica, passim*.

776 Algo semelhante, Humberto Ávila. *Segurança Jurídica*, p. 149.

777 Algo semelhante, Humberto Ávila. *Segurança Jurídica*, p. 171.

direito, revelando-se um discurso endereçado à sociedade em geral, reduzindo a equívocidade⁷⁷⁸ e sendo capaz de estabelecer qual o significado mais justo a atribuir à norma⁷⁷⁹. A partir da justificação, abre-se a oportunidade para orientar condutas de uma forma geral (“*instructing the community*”)⁷⁸⁰, contribuindo para “*la specializzazione del diritto*”⁷⁸¹.

3.2.3. Precedente Como Meio Mediato à Promoção da Liberdade. Ambiente Imediatamente Mais Seguro para o Desenvolvimento da Vida Social

A segurança jurídica no contexto em que o direito é compreendido como uma prática argumentativa exige como seu aspecto material um estado de cognoscibilidade, de confiabilidade, de calculabilidade e de efetividade⁷⁸².

A cognoscibilidade significa que não se pode pensar em termos de significados prontos antes da interpretação, mas que, embora a indeterminação da linguagem, não quer dizer que não tenha núcleos de significação, que vêm reduzidos, como visto, pela justificação das decisões judiciais⁷⁸³ e dos quais o intérprete não pode se afastar⁷⁸⁴. A confiabilidade significa que o direito deve ser estável e não sofrer mudanças abruptas⁷⁸⁵. A calculabilidade diz respeito à elevada capacidade de prever o espectro de consequências jurídicas atribuíveis abstratamente aos atos ou fatos⁷⁸⁶. A efetividade diz respeito à efetiva realização dos direitos, uma vez que de nada adiantaria uma possibilidade de um direito cognoscível, confiável e calculável, se não for realizável⁷⁸⁷.

O que se verifica atualmente, no entanto, é um estado de insegurança para o qual contribui a jurisdição. Insegurança de “*cognoscibilidade, em virtude da falta de*

778 Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, pp. 21-29, p. 72.

779 Michele Taruffo. “La Corte di Cassazione e la legge”, p. 91.

780 Theodore M. Benditt. “The rule of precedent”, p. 95.

781 Gian Antonio Micheli. *Contributo allo Studio della Formazione Giudiziale del Diritto: 'case law' e 'stare decisis'*, p. 34.

782 Humberto Ávila. *Segurança Jurídica*, p. 250; Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 20.

783 Humberto Ávila. *Segurança Jurídica*, p. 250.

784 Humberto Ávila. *Segurança Jurídica*, p. 251.

785 Humberto Ávila. *Segurança Jurídica*, p. 251; Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 21.

786 Humberto Ávila. *Segurança Jurídica*, p. 251; Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 21.

787 Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 21.

*fundamentação adequada das decisões, ou mesmo, da existência de divergência entre decisões, órgãos ou tribunais; de confiabilidade, em razão da modificação jurisprudencial de entendimentos anteriormente consolidados com eficácia retroativa inclusive para aqueles que, com base no entendimento abandonado, praticaram atos de disposição dos seus direitos fundamentais; e de confiabilidade, pela falta de suavidade das alterações de entendimento ou, mesmo, pela ausência de coerência na interpretação do ordenamento jurídico*⁷⁸⁸.

A nosso ver a formação e respeito aos precedentes é meio com o qual a jurisdição contribui para atingir um mais elevado grau de segurança jurídica, por uma igual elevação dos estados de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade.

De um lado, a justificação da decisão judicial contribui para a redução da indeterminabilidade do direito, melhor delimitando, dadas determinadas circunstâncias, um sentido normativo anteriormente equívoco⁷⁸⁹ (elevando-se, pela própria redução da indeterminabilidade do direito numa determinada situação jurídica, o nível de cognoscibilidade). A aderência ao precedente, que significa consistência não só em um determinado momento, mas ao longo do tempo⁷⁹⁰, de outra parte, contribui para a estabilidade, continuidade⁷⁹¹ e consistência da ordem jurídica⁷⁹². Isso, por sua vez, evita variações frívolas no padrão de decisões de um juiz ou uma corte para outra⁷⁹³ (aumentando, com isso, um estado de confiabilidade nas decisões judiciais), contribuindo também para maior possibilidade de previsibilidade⁷⁹⁴ de qualificação das situações jurídicas⁷⁹⁵. Por consequência, proporciona-se, também, uma maior possibilidade de calculabilidade dos futuros resultados judiciais das ações próprias ou alheias tomadas nos presente⁷⁹⁶.

788 Humberto Ávila. *Segurança jurídica*, p. 160.

789 Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 72.

790 “As noted, the adherence to precedents will provide consistency, not only in a given time, but over time” (Michael D. Bayles. *Procedural Justice – Allocating to individuals*, p. 98); “Precedent, on this argument, provides certainty, consistency and thus a measure of clarity” (Fiona Cownie; Anthony Bradley. *English Legal System in Context*. London: Butterworths, 1996, p. 87).

791 Luiz Guilherme Marinoni. *O STJ Enquanto Corte de Precedentes*, p. 169.

792 Referindo-se à *ratio decidendi*, MacCormick afirma que a sua aplicação contribui para a consistência do direito: “This looks to the idea of overall consistency in a strict sense in the legal system. Whatever rules there are validly established, decision-making must respect these rules as they are” (Neil MacCormick. “The significance of precedent”, p. 186).

793 “Faithfulness to the Rule of Law calls for avoiding any frivolous variation in the pattern of decision-making from one judge or court to another” (Neil MacCormick. *Rhetoric and the Rule of Law*, p. 143).

794 “Obviously the main supporting pillar of the *stare decisis* doctrine is the expressed desire for certainty and predictability in the system” (J. David Murphy; Robert Rueter. *Stare Decisis in Commonwealth Appellate Courts*. Toronto: Butterworths, 1981, p. 93).

795 Luiz Guilherme Marinoni. *O STJ Enquanto Corte de Precedentes*, p. 169.

796 Conforme Sergio Chiarloni, uma prática de respeito aos precedentes “permette una maggiore sicurezza e

É bom deixar registrado que a vinculação às razões generalizáveis de decisões pretéritas, que reduzem o âmbito de indeterminabilidade do direito e das normas, não significa cair no mesmo conceito de segurança jurídica imaginada pelo formalismo, ou seja, não significa pensar em termos de absoluta certeza e total previsibilidade das futuras decisões. A nosso ver proporciona, ao contrário, um grau mais elevado dos componentes de segurança jurídica, pela redução das possibilidades de sentidos normativos e de consequências jurídicas a serem aplicadas no futuro a ações próprias ou alheias tomadas no presente⁷⁹⁷. É claro que os problemas enfrentados na riqueza da vida não permitem que se “congelem” situações julgadas de modo que as pessoas possam prever exatamente as consequências futuras dos atos presentes. Afinal, conforme referiu Eisenberg, “*dealing with the issues of everyday life is normally adventure enough for the common law*”. Mas, ao reduzir a indeterminabilidade em relação a uma certa situação concreta e vinculando-se a essa redução de indeterminabilidade, o precedente torna-se meio que contribui com um maior grau de calculabilidade, porque o indivíduo tem, pelos menos, condições de verificar um número reduzido de consequências compreensíveis dentro de um período razoável⁷⁹⁸.

A atuação do precedente como meio extraído da jurisdição para a promoção da segurança jurídica é importante porque permite uma elevação de grau de cognoscibilidade, calculabilidade e confiabilidade. Com essas características, o precedente serve como meio imediato para a promoção de um ambiente mais seguro para o desenvolvimento da vida social⁷⁹⁹. E, ao promover um mais alto padrão de cognoscibilidade, calculabilidade e confiabilidade, a prática de aderência ao precedente mostra-se apta, também, de modo porém mediato, a promover a tutela da liberdade.

programabilità del traffico giuridico, consentendo ai soggetti di un rapporto di meglio prevedere le future conseguenze delle loro azzione” (Sergio Chiarloni. “Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza”. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 1, Milano: Giuffrè, 1989, p. 121).

797 Conforme refere Marina Gacón, um sistema de precedentes confere uma estabilidade que permite que os cidadãos possam antecipar *os prováveis resultados* de suas ações: “Firstly, precedent creates *certainty* and *stability* in the legal system, which essentially means that citizens can foresee or anticipate the probable outcome of their case; i.e. people make decisions expecting the legal rules previously used by judges to be applied to them” (“Rationality and (self) precedent: brief considerations concerning the grounding and implications of the rule of self precedent”. In: Thomas Bustamante; Carlos Bernal Pulido (orgs.). *On the Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009*. v. III. Stuttgart: Franz Steiner, 2012, p. 37).

798 Humberto Ávila. *Segurança Jurídica*, p. 172.

799 Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 26. Importa referir, no entanto, que a aderência ao precedente não esgota o problema da segurança jurídica, mas é aqui visto, apenas, como um meio possível para conferir um maior grau de segurança jurídica. Sobre todos os aspectos da segurança jurídica, por todos, Humberto Ávila. *Segurança Jurídica*.

Com efeito, tratando do aspecto justificativo da segurança jurídica, Humberto Ávila enfrenta o questionamento em relação a ser a segurança jurídica um fim em si mesmo ou, ao contrário, um meio para a realização de outros fins. A resposta vem direta: “*É um instrumento para a realização de outros fins: de um lado, dos direitos fundamentais de liberdade e de propriedade, porque sem estabilidade e sem calculabilidade de atuação estatal, o indivíduo não tem como exercer o direito de autodeterminação livre de sua vida digna*”⁸⁰⁰. Sem um ordenamento jurídico minimamente estável, inteligível e confiável, não há como o cidadão autodeterminar-se, planejando seu futuro de forma livre e autônoma⁸⁰¹, no fundo, digna⁸⁰². Por essa razão, o discurso do precedente mostra-se um meio apto para a realização da tutela dos direitos numa perspectiva geral, proporcionando imediatamente um ambiente mais seguro para o desenvolvimento da vida social e promovendo mediatamente a liberdade, compreendida com possibilidade de autodeterminação das pessoas⁸⁰³.

3.3. A Estruturação e Utilização do Discurso do Precedente

Conforme pretendemos tenha sido justificado até aqui, o processo civil deve ser apto a tutelar os direitos em duas dimensões, sendo uma particular, voltada à justa resolução do caso, para a qual, a partir da justificação, constrói-se o discurso da motivação - que foi estudado no ponto anterior. A segunda dimensão de tutela dos direitos, numa perspectiva geral, reclama o reconhecimento de que a justificação abra espaço para um outro discurso, o discurso do precedente como meio para o tratamento isonômico e a promoção de um mais seguro ambiente para o desenvolvimento da vida social. Cumpre referir, no entanto, que o instrumental necessário para a compreensão e manejo do discurso do precedente não é o mesmo com o qual se trabalha para a questão da justificação com vistas à decisão do caso concreto, dando lugar a uma linguagem específica visando à unidade do direito⁸⁰⁴.

Embora não seja o objetivo do presente trabalho elaborar uma teoria do precedente

800 Humberto Ávila. *Segurança Jurídica*, p. 265.

801 “Respect for autonomy involves respect for the *ability* to plan, which requires respect for the *ability to rely* on the law, all of which require restraint from deeming the law to have been something other than what it actually was at an earlier time” (Ben Juratowitch. *Retroactivity and the Common Law*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 49).

802 Humberto Ávila. *Segurança Jurídica*, pp. 225-228.

803 Vale lembrar que a promoção da igualdade também produz, indiretamente, proteção da segurança jurídica: “Embora não pareça, a proteção da igualdade é uma forma indireta de se proteger a segurança jurídica” (Humberto Ávila. *Segurança Jurídica*, p. 223).

804 Daniel Mitidiero. “Fundamentação e Precedente: Dois Discursos a Partir da Decisão Judicial”, p. 69.

judicial, parece possível realizar uma abordagem de forma mais ampla, que destaque características de aplicabilidade em mais de um ordenamento, com a finalidade de examinar o ferramental com o qual o jurista trabalha no âmbito do discurso voltado à sociedade, ou seja, de estudar a “*linguagem especial*” visando à obtenção da unidade do direito⁸⁰⁵. Embora as razões para seguir os precedentes sejam comuns a ambas as tradições pelo viés adotado pelo presente trabalho – a justificação e a interpretação contêm contingências comuns, o grande problema, conforme refere Daniel Mitidiero, está em que essa linguagem especial é mais comum à tradição do *common law*⁸⁰⁶ (fala-se em *binding precedent*, *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* etc.). Parece-nos que uma abordagem mais ampla, portanto, possa ser possível a partir da combinação de quatro fatores ou quatro dimensões do discurso do precedente, conforme identificado por Taruffo⁸⁰⁷. Para fins didáticos, entendemos adequado trilhar esse caminho, fazendo, quando for oportuno, uma ligação com a realidade brasileira.

3.3.1. Dimensão Institucional

A dimensão institucional do precedente conecta a sua utilização a fatores que dizem respeito à organização judiciária e ao modo como ocorre a relação de autoridade do precedente no âmbito do sistema das cortes⁸⁰⁸. Surgem aqui questões que dizem respeito ao juiz ou órgão jurisdicional sujeito ao precedente, ou seja, à relação entre o julgador do caso precedente e o do caso sucessivo⁸⁰⁹. Essa direção pode ser vertical ou horizontal.

A dimensão vertical do precedente existe sempre que existir uma organização hierárquica entre os órgãos jurisdicionais⁸¹⁰. A regra básica é a de que cada corte está vinculada aos precedentes de uma outra que lhe for hierarquicamente superior⁸¹¹, sendo essa

805 Daniel Mitidiero. “Fundamentação e Precedente: Dois Discursos a Partir da Decisão Judicial”, p. 69.

806 Daniel Mitidiero. “Fundamentação e Precedente: Dois Discursos a Partir da Decisão Judicial”, p. 69.

807 Michele Taruffo. “Dimensioni del precedente giudiziario”, p. 415. Outros autores adotam essa mesma abordagem: José Rogério Cruz e Tucci (*Precedente Judicial como Fonte do Direito*, pp. 304 e ss.); bem como Francisco Rosito (*Teoria dos Precedentes Judiciais – Racionalidade da Tutela Jurisdicional*, pp. 100 e ss.); Victoria Iturralde. “Precedent as subject of interpretation (a civil law perspective)”. In: Thomas Bustamante; Carlos Bernal Pulido (orgs.). *On the Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009*. v. III. Stuttgart: Franz Steiner, 2012, p. 109-110).

808 Michele Taruffo. “Dimensioni del precedente giudiziario”, p. 415.

809 Francisco Rosito. *Teoria dos Precedentes Judiciais*, p. 100.

810 José Rogério Cruz e Tucci. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*, p. 305.

811 Rupert Cross; J. W. Harris. *Precedent in English Law*, p. 6; José Rogério Cruz e Tucci. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*, p. 305.

“corrente de comando” ilustrativa para compreender a dimensão vertical⁸¹². Esse esquema de corrente que demonstra a vinculação vertical aplica-se a todos os níveis hierárquicos da organização judiciária, de modo que as decisões das cortes de vértice tornam-se precedentes vinculantes (*binding precedents*) para as cortes inferiores e as decisões das cortes intermediárias compreendem-se como precedentes que devem influenciar as decisões das cortes ordinárias⁸¹³. É justamente por isso, refere Schauer⁸¹⁴, que se fala em cortes superiores e cortes inferiores, no sentido de que as inferiores devem seguir os precedentes das superiores⁸¹⁵. O fundamento está na autoridade da corte que proferiu o precedente.

A dimensão horizontal, por sua vez, diz respeito à vinculação de uma corte a uma decisão anterior proferida por uma corte de mesmo patamar hierárquico⁸¹⁶. A dimensão horizontal ainda traz uma segunda concepção, que é a de *self-precedent*. Nesse sentido, uma corte estaria obrigada a seguir num caso posterior o precedente por ela mesma fixada num caso anterior⁸¹⁷. Nessa concepção, não há fundamento de autoridade, pois tratam-se de juízos na mesma escala hierárquica.

Os problemas relacionados à dimensão institucional do precedente (principalmente os problemas relativos à dimensão horizontal e ao *self-precedent*) estão intimamente ligados com a sua dimensão de eficácia, ou a sua força. Sem querer adiantar o ponto, mas para ilustrar, costuma-se dizer que os precedentes horizontais têm força persuasiva e os verticais, vinculante. A problematização será retomada no ponto específico.

Vale a pena referir ainda nesse ponto, no entanto, a título de ilustração histórica a respeito da dimensão horizontal do precedente, que essa veio expressamente assentada em 1861, quando a *House of Lords* julgou o caso *Beamish v. Beamish*, decidindo que estava

812 Frederick Schauer. *Thinking like a Lawyer*, p. 36.

813 Michele Taruffo. “Dimensioni del precedente giudiziario”, p. 416.

814 Frederick Schauer. *Thinking like a Lawyer*, p. 37.

815 Segundo Marina Gascón, a regra do *stare decisis et non quita movere* deriva da vinculação vertical do precedente, embora reconheça que também se utilize para identificar o precedente horizontal. Pensa, no entanto, ser mais profícuo ligar à dimensão vertical por compreender que há uma “dramática diferença” entre essa regra e a regra do *self-precedent* (“Rationality and (self) precedent: brief considerations concerning the grounding and implications of the rule of self precedent”, pp. 36-37); Frederick Schauer entende que a regra do *stare decisis* deriva não da vinculação vertical, mas da vinculação horizontal (*Thinking like a Lawyer*, p. 37).

816 José Rogério Cruz e Tucci. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*, p. 305; Michele Taruffo. “Dimensioni del precedente giudiziario”, p. 417; Marina Gascón. “Rationality and (self) precedent: brief considerations concerning the grounding and implications of the rule of self precedent”, p. 36; Frederick Schauer. *Thinking like a Lawyer*, p. 37; Francisco Rosito. *Teoria dos Precedentes Judiciais*, p. 101.

817 Marina Gascón. “Rationality and (self) precedent: brief considerations concerning the grounding and implications of the rule of self precedent”, p. 37; José Rogério Cruz e Tucci. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*, p. 305; Francisco Rosito. *Teoria dos Precedentes Judiciais*, p. 103.

vinculada às suas próprias decisões anteriores⁸¹⁸. O pronunciamento de Lord Campbell foi claro ao afirmar que a *House of Lords* estava vinculada às suas decisões até que fossem alteradas pelo Parlamento. As suas decisões, sendo vinculantes para as cortes inferiores, se não fossem consideradas igualmente vinculantes para os *Lordships*, a *House of Lords* estaria apropriando-se do direito de alterar o direito e legislando por sua própria autoridade⁸¹⁹. A definitiva consolidação do *stare decisis* veio em 1898, na decisão do caso *London Tramways Company v. London County Council*, que representou o ápice da evolução em direção à vinculação da *House of Lords* aos seus próprios precedentes, na medida em que era de interesse público que os litígios tivessem um fim e que isso não aconteceria se fosse possível em cada caso ser rediscutida a matéria.⁸²⁰

No entanto, conforme relata Cruz e Tucci, a mesma corte já havia declarado, em 1852, que ela, assim como qualquer outro tribunal, teriam um inerente poder de corrigir eventuais erros que pudessem ter sido cometidos⁸²¹. Por essa vereda, segundo consta⁸²², a *House of Lords* exerceu essa prerrogativa, no ano de 1966, por meio de um ato denominado *Practice Statement*, em que se determinou que a corte poderia afastar-se de suas próprias decisões se assim achasse por bem. As razões para tal modificação reconheceram a importância do precedente, mas também “reconhecem que uma aderência muito rígida ao precedente poderia levar à injustiça no caso particular e também restringir indevidamente o desenvolvimento adequado do direito.”⁸²³

818 José Rogério Cruz e Tucci. “Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial”. In: Daniel Mitidiero; Guilherme Rizzo Amaral (coords.); Maria Angélica Echer Ferreira Feijó (org.). *Processo Civil – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 238; *Precedente Judicial como Fonte do Direito*, p. 161.

819 O pronunciamento de Lord Campbell foi claro ao afirmar que a *House of Lords* estava vinculada às suas decisões até que fossem alteradas pelo Parlamento; as suas decisões, sendo claramente vinculantes para as cortes inferiores, se não fossem consideradas igualmente vinculantes para os *Lordships*, a *House of Lords* estaria apropriando-se do direito de alterar o direito e legislando por sua própria autoridade. Eis o trecho final do pronunciamento de Lord Campbell: “The laid down as your *ratio decidendi*, being clearly binding on all inferior tribunals, and on all the rest of the Queen's subjects, if it were not considered as equally binding upon your Lordships, this House would be arrogating to itself the right of altering the law, and legislating by its own separate authority” (Rupert Cross; J. W. Harris. *Precedent in English Law*, p. 8).

820 Eis uma passagem do voto de Lord Halsbury no caso *London Tramways Company v. London County Council*: “My lords, 'interest rei publicae' that there should be 'finis litium' sometime and there could be no 'finis litium' if it were possible to suggest in each case that it might be re-argued because it is 'not an ordinary case' whatever it may mean” (Rupert Cross; J. W. Harris. *Precedent in English Law*, p. 102).

821 José Rogério Cruz e Tucci. “Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial”, p. 237.

822 José Rogério Cruz e Tucci. “Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial”, p. 237; Michele Taruffo. “Dimensioni del precedente giudiziario”, p. 418.

823 Assim afirmava o *Practice Statement*: “Their Lordships nevertheless recognize that too rigid adherence to precedent may lead to injustice in a particular case and also unduly restrict the proper development of the law. They propose, therefore, to modify their present practice and, while treating former decisions of this

3.3.2. Dimensão Estrutural

A dimensão estrutural diz respeito àquilo que efetivamente constitui um precedente a fim de ser utilizado como ponto de referência para uma decisão posterior⁸²⁴. Essa constatação é importante, principalmente na cultura jurídica como a brasileira, oriunda de uma tradição jurídica de *civil law*, que tem como referencial relativamente às decisões judiciais o parâmetro da jurisprudência. A questão que se coloca nesse ponto é saber exatamente a que se refere quando falamos em precedente.

Na ótica do direito codificado, costuma-se exigir um número considerável de decisões similares para o fim de chegar-se a uma noção de “jurisprudência dominante” à qual algum juiz ou tribunal sintá-se vinculado a decidir no mesmo modo⁸²⁵. No âmbito do *common law*, no entanto, costuma-se compreender que um único julgamento é capaz de formar um precedente⁸²⁶. Por essa razão, Taruffo explica que entre precedente e jurisprudência há uma distinção de ordem quantitativa. Quando falamos em precedente, referimo-nos a uma única decisão relativa a um caso particular, ao passo que quando falamos em jurisprudência, fazemos referência a uma pluralidade muito mais ampla de decisões relativas a vários e diversos casos. Desse modo, nos sistemas que se fundam tradicionalmente nos precedentes, a decisão que se toma como precedente é verdadeiramente uma só. É esta a decisão que irá guiar as demais decisões e por isso é fácil identificar qual decisão realmente “faz precedente”⁸²⁷. Mais importante, contudo, há entre precedente e jurisprudência uma distinção de ordem qualitativa. Segundo Michele Taruffo, o precedente fornece uma regra que pode ser aplicada como critério de decisão no caso posterior em razão da identidade ou da analogia entre os fatos do primeiro caso e os fatos do segundo caso⁸²⁸. A identificação do que significa

House as normally binding, to depart from a previous decision when it appears right to do so.” (Rupert Cross; J. W. Harris. *Precedent in English Law*, p. 104).

824 Michele Taruffo. “Dimensioni del precedente giudiziario”, p. 423.

825 José Rogério Cruz e Tucci. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*, pp. 306-307.

826 Michele Taruffo. “Dimensioni del precedente giudiziario”, p. 423; José Rogério Cruz e Tucci. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*, p. 306.

827 Michele Taruffo. *Precedente e Giurisprudenza*. Editoriale Scientifica, 2007, p. 12.

828 “Il precedente fornisce una regola (univerlizzabile, come già si è detto) che può essere applicata come criterio di decisione nel caso successivo in funzione della identità o – come accade regola – dell’analogia tra *i fatti* del primo caso e *i fatti* del secondo caso. Naturalmente l’analogia delle due fattispecie concrete non è data *in re ipsa*, e viene affermata o esclusa dal giudice del caso successivo a seconda che ritenga prevalenti gli elementi di identità o gli elementi di differenza tra i fatti dei due casi. È dunque il giudice del caso successivo che stabilisce se esiste o non esiste il precedente, e quindi – per così dire – ‘crea’ il precedente.” (Michele Taruffo. *Precedente e Giurisprudenza*, pp. 13-14).

o precedente está diretamente ligada com os conceitos de *ratio decidendi* e *obiter dictum*, que serão vistos a seguir.

3.3.3. Dimensão Objetiva: A Identificação do Precedente. *Ratio Decidendi* e *Obiter Dictum*

A dimensão objetiva do precedente é de extrema importância porque se relaciona com a determinação do que efetivamente é vinculante numa decisão judicial, ao que se atribui a eficácia de precedente⁸²⁹. Chega-se aqui a ponto fundamental da compreensão do precedente e das razões generalizáveis por meio das quais haverá vinculação. Nesse sentido, indica-se que a única parte que é vinculante na decisão de um caso pretérito é a chamada *ratio decidendi*⁸³⁰ (ou *holding*, no direito estadunidense). “*It is the ratio and only the ratio that is capable of being binding*”, afirma a doutrina⁸³¹. Já a ideia de *obiter dictum* é um conceito negativo⁸³², tomado por exclusão: tudo aquilo que não constituir a *ratio decidendi* será considerado como *obiter dictum* e, portanto, não vinculante⁸³³.

Conforme refere MacCormick, no entanto, a maior dificuldade para um claro entendimento a respeito de qualquer doutrina dos precedentes está justamente na qualidade controversa da *ratio decidendi*. São questões controvertidas saber se de alguma forma existe algo como uma *ratio decidendi*, se há uma *ratio* a ser encontrada autoritativamente na fundamentação da decisão ou mesmo se a chamada *ratio* é somente uma proposição normativa que uma corte utiliza como fundamento para justificar a decisão posterior⁸³⁴. Para

829 Michele Taruffo. “Dimensioni del precedente giudiziario”, p. 419.

830 “...the only part of a previous case which is binding is the *ratio decidendi* (reason for deciding)” (Rupert Cross; J. W. Harris. *Precedent in English Law*, p. 39).

831 Michael Zander. *The Law-Making Process*. Sixth Edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 268.

832 Pierluigi Chiassoni. “The philosophy of precedent: conceptual analysis and rational reconstruction”, p. 22.

833 Frederick Schauer. *Thinking like a Lawyer*, pp. 55-56. Conforme refere Schauer, *obiter dictum significa*, em Latim, “algo dito de passagem” ou “dito no meio do caminho”. Além dessa tradução, há doutrina que também refere que significaria “algo dito para morrer” (Francisco Rosito. *Teoria dos Precedentes Judiciais*, p. 102).

834 “The greatest difficulty in the way of a clear understanding of any doctrine of precedent and thus of any kind of case-law is the controversial quality of the *ratio decidendi*. It is a disputed question whether there is any such a thing as a or the *ratio* in a given case; it is disputed whether or not there is a *ratio* to be found authoritatively within a given opinion, or whether the so-called *ratio* is simply some proposition of law which a latter court or courts find it expedient to ascribe to an earlier decision as the ground of that decision which may then be used to help justify some later decision – perhaps even under the guise of its being that which necessitates the granting of the given later decision” (Neil MacCormick. “Why cases have rationes and what these are”, p. 157).

Goodhart, a expressão *ratio decidendi* é a “most misleading expression in English law”⁸³⁵. Segundo Chiassoni, aparentemente nos deparamos, nesse quesito, com uma “triste verdade”, dado que mesmo após séculos de estudos e investigações, ainda se procura um conceito adequado de *ratio decidendi*⁸³⁶. A questão, portanto, é controvertida, não existindo sinal de acordo a respeito de uma definição de *ratio decidendi* ou de um método capaz de permitir sua identificação⁸³⁷, o que já levou estudiosos, céticos em relação à *ratio decidendi*, a classificá-la como uma categoria de referência ilusória, dada a sua indeterminabilidade⁸³⁸. Algumas propostas, no entanto, em face da sua relevância para o desenvolvimento da questão⁸³⁹, devem ser referidas e enfrentadas a fim de verificar se, ao final, é possível identificar alguma que se possa compreender mais adequada, considerando-se a adoção de uma linha argumentativa do direito adotada no presente trabalho.

3.3.3.1. A Proposta de Wambaugh

Quando enfrenta o tema, a doutrina costuma iniciar pela tese (ou pelo teste) de Wambaugh⁸⁴⁰. Partindo da premissa de que a *ratio decidendi* é uma regra geral sem a qual o caso teria sido decidido de forma diversa, Wambaugh propôs um teste de inversão para determinar se uma determinada proposição constitui-se numa *ratio*⁸⁴¹. Nessa proposta, deve-se antes de tudo formular a suposta proposição de direito, inserindo-se, logo em seguida, uma palavra que inverta o seu significado. A seguir, deve-se perguntar se, caso a corte tivesse admitido a nova proposição e a tivesse tomado em conta no seu raciocínio, a decisão teria

835 Arthur L. Goodhart. “Determining the ratio decidendi of a case”. In: *Yale Law Journal*, v. XL, 1930, p. 162.

836 Pierluigi Chiassoni. “The philosophy of precedent: conceptual analysis and rational reconstruction”. In: Thomas Bustamante; Carlos Bernal Pulido (orgs.). *On the Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009*. v. III. Stuttgart: Franz Steiner, 2012, p. 17.

837 Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes Obrigatórios*, p. 223; Michele Taruffo. “Dimensioni del precedente giudiziario”, p. 414. Robert G. Scofield identifica, no entanto, basicamente duas vertentes: a teoria clássica, vinculada com a doutrina de Cross e Harris, e a teoria de Goodhart (“Goodhart's concession: defending ratio decidendi from logical positivism and legal realism in the first half of the twentieth century”, p. 312).

838 “The illusory nature of many supposed compulsions of logical consistency in the judicial process has also been stated in terms of indeterminacy of the notion of *ratio decidendi* itself” (Julius Stone. *Legal System and Lawyers' Reasonings*. London: Stevens and Sons Limited, 1964, pp. 267-268).

839 Conforme registra Pierluigi Chiassoni. “The philosophy of precedent: conceptual analysis and rational reconstruction”, p. 25.

840 Por exemplo: Rupert Cross; J. W. Harris. *Precedent in English Law*, p. 52; Neil Duxbury. *The Nature and Authority of Precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 76; Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes Obrigatórios*, p. 224; Francisco Rosito. *Teoria dos Precedentes Judiciais – racionalidade da tutela jurisdicional*, p. 110.

841 Rupert Cross; J. W. Harris. *Precedent in English Law*, p. 52.

sido a mesma. Se a resposta for positiva, então a proposição não é uma *ratio decidendi*⁸⁴². Nessa perspectiva, uma proposição jurídica que não se configura como *ratio decidendi* seria classificada como *obiter dictum*⁸⁴³. A doutrina do *common law*, no entanto, aponta como falha a proposta de Wambaugh⁸⁴⁴, já que a decisão pode basear-se em dois fundamentos que, separadamente, podem levar à mesma conclusão⁸⁴⁵. Nessa hipótese, invertendo-se o sentido de apenas uma das proposições, o resultado do julgamento não é alterado⁸⁴⁶. Isso levaria à conclusão, nesse caso, de que as proposições sempre fossem *obiter dicta*, já que nenhum dos fundamentos seria necessário para a decisão⁸⁴⁷.

3.3.3.2. O Método de Goodhart: Os “*Material Facts*” e a Decisão

Goodhart também se propôs a enfrentar o tema da definição da *ratio decidendi*, lançando-se à tarefa, após referir-se às propostas de Salmond e Gray, de determinar critérios para a sua individualização⁸⁴⁸. Goodhart inicia seu clássico ensaio “Determining the ratio decidendi”, dando exemplos de julgamentos em que as razões expostas pelos juízes não deixam claras quais seriam as respectivas *rationes decidendi*. A partir daí, Goodhart inicia sua análise partindo da premissa de que a regra jurídica aplicável (*the principle*) não é necessariamente encontrada nem nas razões expostas pela corte, nem na proposição jurídica aplicada⁸⁴⁹. Goodhart faz uma ressalva no entanto, de que isso não significa que se possa ignorar completamente as razões oferecidas pela corte e buscar apenas nos fatos e na decisão aplicada, fazendo, nesse ponto, uma crítica aos autores do Realismo Jurídico Americano,

842 Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes Obrigatórios*, p. 224.

843 Rupert Cross; J. W. Harris. *Precedent in English Law*, p. 52.

844 Neil Duxbury afirma que é “certamente equivocado” definir a *ratio decidendi* como a proposição do julgamento cuja inversão de sentido levaria a julgamento diverso (*The Nature and Authority of Precedent*, p. 76).

845 Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes Obrigatórios*, p. 224.

846 Neil Duxbury. *The Nature and Authority of Precedent*, p. 77.

847 Neil Duxbury. *The Nature and Authority of Precedent*, p. 77; Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes Obrigatórios*, p. 224.

848 Goodhart critica ambas as doutrinas por considerar que apenas explicaram que é necessário encontrar a *ratio decidendi* sem, no entanto, estabelecer critérios para tanto (Arthur L. Goodhart. “Determining the ratio decidendi of a case”, pp. 162-163).

849 “Since, therefore, the principle of the case is not necessarily found in either the reasoning of the court or in the proposition of law set forth, we must seek some other method of determining it” (Arthur L. Goodhart. “Determining the ratio decidendi of a case”, p. 168).

especificamente a Oliphant⁸⁵⁰. A partir daí, Goodhart afirma que haveria uma falácia no pensamento realista, que residiria na circunstância de supor que os fatos seriam uma constante e que a decisão do juiz seria baseada numa premissa fixa de fatos provados⁸⁵¹. Segue o jurista, concluindo, que o crucial é compreender que os fatos são relativos e que é necessário avaliar os “*material facts*” nos quais o juiz se baseou para chegar à sua conclusão, isto é, nos fatos do modo como o juiz os vê: “*We do not have to be philosophers to realize that facts are not constant but relative. The crucial question is 'What facts are we talking about?' The same set of facts may look entirely different to two different persons. The judge finds his conclusions upon a group of facts, some of which might seem significant to a layman, but which, to lawyer, are irrelevant. The judge, therefore, reaches a conclusion upon the facts as he sees them. It is on these facts that he bases his judgment, and not on any others*”⁸⁵². Com isso, Goodhart conclui que a tarefa reside não em buscar os fatos e as conclusões, mas em estabelecer os “*material facts*” do modo como vistos pelo juiz e a sua conclusão baseada neles: “*It follows that our task in analyzing a case is not to state the facts and the conclusion, but to state the material facts as seen by the judge and his conclusion based on them. It is by his choice of the material facts that the judge creates law*”⁸⁵³. Nesse contexto, afirma o jurista americano que é necessário saber o que o juiz disse a respeito dos fatos que escolheu como materiais, pois o que ele faz só tem sentido em relação com o que ele disse⁸⁵⁴. A partir daí, Goodhart passa a discorrer sobre a forma de encontrar os “*material facts*”, sendo, para nós, mais importante compreender que, na teoria de Goodhart, esse é “*the first and the most essential step in the determination of the principle of a case*”⁸⁵⁵. Para Goodhart, portanto, a *ratio decidendi* deveria ser extraída da conjugação dos fatos materiais e da decisão⁸⁵⁶.

850 “Does this mean that we can ignore the opinion entirely and work out the principle for ourselves from the facts of the case and the judgment reached on those facts? This seems to be the view of a certain American school of legal thought represented by Professor Oliphant” (Arthur L. Goodhart. “Determining the ratio decidendi of a case”, pp. 168).

851 Arthur L. Goodhart. “Determining the ratio decidendi of a case”, p. 169.

852 Arthur L. Goodhart. “Determining the ratio decidendi of a case”, p. 169.

853 Arthur L. Goodhart. “Determining the ratio decidendi of a case”, p. 169.

854 Arthur L. Goodhart. “Determining the ratio decidendi of a case”, p. 169.

855 Arthur L. Goodhart. “Determining the ratio decidendi of a case”, p. 169.

856 Em interessante artigo, Robert Scofield defende que a teoria de Goodhart é, em certa medida, uma concessão aos realistas. No seu artigo, afirma Scofield que Goodhart mantinha um diálogo constante com os realistas americanos (principalmente Francis e Oliphant), que negavam a categoria de *ratio decidendi*, tendo Francis inclusive chamado Goodhart de “conceitualista”. Para esses realistas, como pudemos ver na Parte I, o que importa é estudar a resposta das cortes aos estímulos de fato (ou seja, analisar fatos e decisão), sendo absolutamente irrelevante a *opinion* do juiz ou pesquisar uma regra (*ratio decidendi*) de um caso anterior, até porque os realistas são *rule skeptics*. Segundo a tese de Scofield, portanto, o fato de Goodhart ter debatido com realistas, vivido no mesmo período e escrito no mesmo ambiente fez com que a sua tese dos “*material*

Vale referir que a proposta de Goodhart foi criticada em artigos publicados por Montrose e Simpson, o que gerou, posteriormente, uma polêmica com o próprio Goodhart. Em linhas gerais, os primeiros autores referiram-se à tese de Goodhart como se este tivesse dito, no seu “Determining the ratio decidendi of a case”, que o raciocínio que o juiz faz para decidir poderia ser completamente ignorado. A publicação desses artigos gerou uma (a nosso ver justificada) revolta de Goodhart que, então, lançou a resposta no seu “The ratio decidendi of a case”. Nesse artigo, Goodhart esclarece que não admite que o raciocínio do juiz possa ser completamente ignorado, porque isso pode constituir um passo essencial para determinar quais são os fatos materiais como vistos pelo juiz⁸⁵⁷.

3.3.3.3. A Fórmula de Rupert Cross: A Importância da Razão Jurídica como Passo Necessário para a Decisão

Conforme relata Duxbury, houve autores que, embora não adotando a teoria de Wambaugh, entenderam a *ratio decidendi* como algo necessário para a decisão⁸⁵⁸. Rupert Cross faz parte dessa vertente.

Rupert Cross analisou o artigo de Goodhart para firmar sua definição de *ratio decidendi*. Salienta o autor que é realmente importante a afirmação de Goodhart segundo a qual não se poderia simplesmente ignorar as razões oferecidas pelo juiz para determinar a decisão, em especial no que se refere na sua peculiar importância de servir de guia para determinar quais os fatos o juiz considerou materiais e quais considerou imateriais⁸⁵⁹. Mas, entende o autor, não é apenas sob esse fundamento que as razões proferidas pelo juiz possuem

facts” represente o que Scofield chamou de uma “concessão” ao realismo jurídico americano, porque, embora dando ênfase aos fatos e à decisão, não tornou irrelevante a *opinion*, ou seja, o que o juiz justificou a respeito dos fatos e da decisão (“Goodhart's concession: defending ratio decidendi from logical positivism and legal realism in the first half of the twentieth century”, pp. 311-328). Duxbury, no entanto, entende que não tenha havido tão grande concessão assim: afirma que, na aula inaugural em Oxford, em 1932, Goodhart defendeu fortemente a doutrina do precedente contra a acusação realista de indeterminabilidade. A influência de Francis, nada obstante, é notória e também admitida por Neil Duxbury (*The Nature and Authority of Precedent*, p. 82).

857 Arthur L. Goodhart. “The ratio decidendi of a case”. In: *The Modern Law Review*. v. 22, 1959, pp. 119-120. Nesse artigo a crítica mais pesada é dirigida a Simpson, a quem Goodhart chama de “Mr. Simpson” (ao passo que se refere a Montrose como “Professor Montrose”). Goodhart afirma que a confusão causada por Simpson talvez pudesse ter sido evitada se este último, ao invés de ter confiado na interpretação de Montrose a respeito do breve resumo que Glanville Williams fez da tese de Goodhart, tivesse referido-se diretamente à sua tese: “Perhaps some confusion might have been avoided if Mr. Simpson, instead of relying on Professor Montrose's interpretation of Dr. Glanville William's brief summary of my thesis, had referred to the thesis itself” (p. 120).

858 Neil Duxbury. *The Nature and Authority of Precedent*, p. 77.

859 Rupert Cross; J. W. Harris. *Precedent in English Law*, pp. 69-70.

importância⁸⁶⁰. Aduz que em algumas circunstâncias não é possível estabelecer a *ratio decidendi* simplesmente por referência aos fatos tomados como materiais pela corte e à decisão baseada nesses fatos, pois, ao contrário, frequentemente é essencial saber porquê certos fatos foram considerados materiais e, para tanto, é necessário saber qual o contexto normativo estava sendo considerado quando a escolha dos fatos foi feita: “*It is often essential to know why certain facts were regarded as material and for this purpose it may be necessary to know what portions of the law were in the mind of the court when the selection was made*”⁸⁶¹. Por essa razão, tomando em consideração a proposta de Goodhart, afirma o autor que, embora seja sempre essencial e algumas vezes suficiente considerar os fatos materiais e a decisão baseada nesses fatos para chegar-se à *ratio decidendi*, é muitas vezes necessário fazer muito mais do que isso⁸⁶².

Nesse sentido, Cross, considerando opiniões segundo as quais seria impossível dar uma fórmula para determinar a *ratio decidendi*, afirma que não é impossível formular uma toleravelmente precisa descrição do que os juristas querem dizer quando utilizam a expressão, e, assim, formula a sua proposta. Para Cross, a *ratio decidendi* de um caso é qualquer regra de direito⁸⁶³ expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como um passo necessário para chegar à sua conclusão, considerando-se a linha de raciocínio por ele adotada ou uma parte necessária de sua instrução para o júri: “*The ratio decidendi of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary part of his direction to the jury*”⁸⁶⁴. É importante referir que a definição de Cross foi posteriormente alterada, em razão da aceitação da crítica feita por MacCormick, o que será visto no ponto seguinte.

3.3.3.4. A Proposta de MacCormick: A Interpretação de uma Questão Jurídica Suficiente e Necessária para a Justificação da Decisão do Caso

860 “But this is not the only ground on which the reasons given by a judge in his opinion or his statement of the rule of law are of importance, and other reasons why they are important should perhaps have been mentioned by Dr. Goodhart” (Rupert Cross; J. W. Harris. *Precedent in English Law*, p. 70).

861 Rupert Cross; J. W. Harris. *Precedent in English Law*, p. 70.

862 Rupert Cross; J. W. Harris. *Precedent in English Law*, p. 71.

863 A expressão utilizada no original é “any rule of law”. Adotamos, aqui, a mesma tradução elaborada por Marinoni (*Precedentes Obrigatórios*, p. 231).

864 Rupert Cross; J. W. Harris. *Precedent in English Law*, p. 72.

A definição de Cross foi objeto de análise de MacCormick⁸⁶⁵. Primeiramente, o jurista escocês avalia a importância da manifestação judicial no cenário de uma disputa judicial, afirmando que o modelo da prática de resolução de disputas judiciais é um modelo que se submete aos cânones da justificação, o que demanda que a decisão seja baseada em proposições jurídicas que justifiquem determinado julgamento, à luz dos fatos, atos e circunstâncias suscitadas pelas partes⁸⁶⁶. A partir dessas considerações, MacCormick formula seu modelo de determinação da *ratio decidendi* como uma determinação normativa expressa ou implicitamente dada pelo juiz que seja suficiente para decidir um ponto jurídico colocado em questão pelos argumentos das partes em um caso, sendo um ponto em que a determinação era necessária para a sua justificação (ou uma das justificações alternativas) das decisões no caso. No original: “*A ratio decidendi is a ruling expressly or impliedly given by a judge which is sufficient to settle a point of law put in issue by the parties' arguments in a case, being a point in which a ruling was necessary to his justification (or one of his alternative justifications) of the decisions in the case*”⁸⁶⁷.

A proposta de MacCormick, como se pode ver com facilidade, parte da “merecidamente famosa descrição”⁸⁶⁸ de *ratio decidendi* de Cross. Mas MacCormick entende que a proposta do referido autor, embora seja admirável por enfatizar a importância do

865 Vale lembrar que MacCormick era escocês, mas muito produziu em relação a questões do *common law*, já que a Escócia é um país de *mixed system*, isto é, originalmente um país de *civil law*, mas que recebe forte influência do *common law*: “In the United Kingdom there are three jurisdictions: England and Wales, Northern Ireland and Scotland. The former two share what is substantially the same English common law, with a modern overlay of statute law. Despite a common substratum, there has been considerable divergence in statute law in modern times. Scots law is a 'mixed' system between civil and common law, owing much to the civilians traditions of Renaissance France and the post-reformation Netherlands, but subject to a considerable degree of convergence between Scottish and English substantive law in modern times throughout the UK and through the precedents of the highest court” (Zenon Bankowski; Neil MacCormick; Geoffrey Marshall. “Precedent in the United Kingdom”. In: Neil MacCormick; Robert S. Summers (orgs.). *Interpreting Precedents - A Comparative Study*. Aldershot: Dartmouth, 1991, p. 315). No mesmo sentido, T. B. Smith. *The Doctrines of Judicial Precedent in Scots Law*. Edinburgh: W. Green & Son Ltd., 1952, p. 103).

866 “The model is a model of this as a justifiable practice of dispute resolution under special canons of legal justification. In such a practice claims have to be founded on propositions of law justifying certain judgments in the light of acts, facts, and surrounding circumstances, and on particular assertions of relevant acts, facts, and circumstances. Defences to such claims have to dispute the general proposition or its interpretation, or deny the facts alleged. A justifiable decision of the dispute, so far as it is a dispute about law, will have to make a ruling on the issues in contention between the parties as to the relevancy of any proposition adduced as a proposition of law by either party or to the interpretation of such a proposition, or as to the proper classification or evaluation of facts in the light of the descriptive or evaluative concepts or categories involved in the given proposition. A ruling of this kind must be logically universal or at least must be in terms which are reasonably universalizable; and it must be open to ulterior justification in terms of arguments of consistency, coherence and consequences” (Neil MacCormick. “Why cases have rationes and what these are”, p. 169-170).

867 Neil MacCormick. “Why cases have rationes and what these are”, p. 170.

868 Neil MacCormick. “Why cases have rationes and what these are”, p. 179.

raciocínio judicial necessário para a decisão, é ampla demais⁸⁶⁹. Em um caso em que uma lei está sendo interpretada ou aplicada, afirma o jurista escocês, a própria lei constitui a regra sem a qual a mesma conclusão não poderia ser alcançada; ninguém supõe, no entanto - ressalva MacCormick -, que a lei em si seja a *ratio*, mas, ao contrário, será o que a corte tomar como a sua correta interpretação que constituirá a *ratio*. No original: “*In any case in which a statute is being interpreted and applied, the statute itself, or a section of it, will constitute a rule without which the same conclusion could not be reached (so far as we mean by the 'conclusion' a conclusion of, e.g., liability under that statute). But nobody supposes the statute to be the ratio; rather, it will be what the court holds to be the correct interpretation of the statute that is the ratio. On this account it is surely preferable to describe or to define ratio in terms of it is being a ruling by the judge rather than 'any rule' on which his conclusion depends*”⁸⁷⁰.

Conforme referido no item anterior, a crítica de MacCormick foi avaliada e aceita por Cross, que admitiu que a interpretação da lei utilizada na justificação para decidir o caso constitui a *ratio decidendi*: “*Strictly speaking, as Professor MacCormick has pointed out, the above formulation should speak of a 'ruling on a point of law'. A statutory rule, whose interpretation is not in question, may constitute an essential step in a judge's reasoning but will not, of course, be what is called 'ratio decidendi'. If, however, the meaning of a statute is disputed and the judge rules, as part of the justification of his conclusion, that it has one meaning rather than another, this ruling is his ratio decidendi. In practice, in the present context 'rule' and 'ruling' are used interchangeably*”⁸⁷¹.

Seguindo no raciocínio de MacCormick, o jurista escocês passa à apreciação da questão a respeito do “passo necessário” utilizado na definição de Cross. Baseando-se em Simpson, MacCormick adiciona à sua tese a proposta de Simpson de que a ideia de “passo necessário” referido por Cross é muito ampla e que se deveria substituir a noção de necessidade pela de suficiência⁸⁷². Simpson, com efeito, de fato critica a ideia de “necessidade” e propõe expressamente a substituição pela de “suficiência”⁸⁷³. MacCormick,

869 Neil MacCormick. “Why cases have rationes and what these are”, p. 179.

870 Neil MacCormick. “Why cases have rationes and what these are”, p. 179. Nesse ponto, Neil Duxbury concorda com MacCormick: “When, for example, a judge interprets a statute in the process of reaching a decision, the *ratio* is what the judge believes to be the best interpretation of the statute – the judge's ruling, in other words, rather than the legal rule” (*The Nature and Authority of Precedent*, pp. 77-78).

871 Rupert Cross; J. W. Harris. *Precedent in English Law*, p. 72.

872 Neil MacCormick. “Why cases have rationes and what these are”, p. 180.

873 “If, however, the word 'sufficient' is used in place of the word 'necessary' the point of substance involved

então, acresce à sua tese a ideia de que constitui a *ratio* uma deliberação que seja suficiente para decidir uma questão jurídica, sendo, no entanto, necessária para a justificação da decisão: “*The Simpsonian idea of sufficiency is accordingly amended in my presentation. A ruling which is a ratio has indeed to be sufficient for the purpose of settling a point of law put in issue by the parties' arguments; but that is subject to the point's being, in the above-stated sense, a point on which a decision is necessary for justification of the decision in the case*”⁸⁷⁴.

Ao determinar sua fórmula a respeito da *ratio decidendi*, MacCormick compreende ter dado uma resposta satisfatória às críticas céticas. Refere o jurista escocês que não estamos livres de que os juízes sejam incompetentes, que decidam casos sem satisfatoriamente resolver o regramento (*ruling*) em relação aos pontos de direito em questão ou que categorizem os fatos de um modo tão múltiplo que possam mesmo tornar, nessas situações, a *ratio* uma categoria indeterminada. Nada obstante, responde aos céticos dizendo que isso não impede que se reconheça que na maioria dos casos os juízes são capazes de formular claros regramentos nas suas justificações relativamente a questões jurídicas⁸⁷⁵.

3.3.3.5. Luiz Guilherme Marinoni: Razões Determinantes para Solução de Questões Jurídicas

Luiz Guilherme Marinoni, após analisar as doutrinas mais importantes do *common law* a respeito da definição de *ratio decidendi*, procura estabelecer a sua compreensão do problema à luz da realidade brasileira. Marinoni demonstra que no *common law* a *ratio decidendi* sempre esteve vinculada à ideia de solução do caso, por isso sendo classificado como um sistema de casos (*case law*) e não sendo de estranhar que a *ratio decidendi* nunca tenha sido ligada a eventuais decisões favoráveis à parte vencida existentes no julgamento⁸⁷⁶. Por essa razão, segue o processualista, para demonstrar que é visível que o *common law* é um sistema de casos, basta verificar “*a tendência de negar a qualidade de ratio decidendi às decisões acerca de questões que, isoladamente, poderiam conduzir a uma solução favorável, porque o caso foi resolvido mediante a análise de outra questão, a elas cumulada*”⁸⁷⁷. Nesse

would become clearer”(A. W. B. Simpson. “The *Ratio Decidendi* of a Case and the Doctrine of Binding Precedent”. In: *Oxford Essays in Jurisprudence* (1961). Oxford: Clarendon Press, 1968, p. 164).

874 Neil MacCormick. “Why cases have rationes and what these are”, p. 180.

875 Neil MacCormick. “Why cases have rationes and what these are”, p. 182.

876 Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes Obrigatórios*, p. 245.

877 Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes Obrigatórios*, pp. 245-246.

caso, não sendo uma razão suficiente nem necessária para decidir o caso, não se atribui a qualidade de *ratio decidendi*, mesmo que, por exemplo, tenha havido um amplo debate sobre a questão. Segundo Marinoni, compreendem-se, por isso, os desabaços de alguns doutrinadores. Cita, nessa parte, Rupert Cross, num exemplo no qual, em um caso (*Perry v. Kendrick's Transport*), decidiu-se a primeira questão em favor do recorrido sem que isso fosse, no entanto, necessário para se chegar à solução positiva ao recorrente. Nesse caso, exclamou Cross, seria difícil acreditar que um juiz de instância inferior fosse sentir-se livre para desrespeitar a decisão, embora tecnicamente venha a ser considerado um *obiter dictum*⁸⁷⁸.

Analisando a realidade brasileira, no entanto, Marinoni afirma que os precedentes têm particularidades, porque, ao contrário do que sucede no *common law*, no Brasil os precedentes não são estruturados a partir de fatos, pois, embora decisões proferidas no âmbito de recurso especial e extraordinário sejam tomadas a partir de casos concretos, esses recursos são limitados a valorações de questões de direito⁸⁷⁹. Marinoni, então, traz a sua contribuição, compreendendo que no sistema brasileiro “em que a força dos precedentes nada deve à resolução dos casos, torna-se natural conferir força de *ratio decidendi* às razões suficientes à solução de questões que não se ligam necessariamente à solução que é dada ao caso”, pois, “o mesmo motivo que estimula a obrigatoriedade das decisões que, embora sem solucionar os casos, emprestam significado a questões frequentemente discutidas no Judiciário⁸⁸⁰”.

Marinoni ressalva que, embora definidores de teses jurídicas, os precedentes são instituídos a partir de casos dotados de particularidades fáticas que deverão ser considerados para que seja feita a análise de aplicação do precedente aos casos subsequentes⁸⁸¹. Os precedentes só podem ser interpretados, com efeito, em função da situação de fato, afirma com razão⁸⁸², já que “o precedente, ao tratar da questão de direito, considera as circunstâncias de fato que deram origem à sua discussão, e assim situa a questão jurídica em um específico contexto, indispensável para se compreender como o texto da lei foi

878 Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes Obrigatórios*, p. 246.

879 Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes Obrigatórios*, p. 257.

880 Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes Obrigatórios*, p. 246.

881 Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes Obrigatórios*, p. 258. Também no seu *O STJ Enquanto Corte de Precedentes*, Marinoni refere que o precedente deve ser interpretado de acordo com a situação concreta, já que “uma *ratio decidendi* só tem racionalidade externa, perante os diversos casos e questões jurídicas, quando se sabe exatamente a situação concreta e a tese de direito de que fala e se conhece o caminho, inclusive valorativo, que a faz nascer” (p. 197).

882 Com razão, porque o raciocínio que envolve a aplicação ou não de um precedente depende sempre do reconhecimento de semelhanças e distinções entre casos (A. W. B. Simpson. “The *Ratio Decidendi* of a Case and the Doctrine of Binding Precedent”, p. 171).

interpretado”. Mas, nessa perspectiva, Marinoni conclui que não só quando se decide o caso deve-se considerar um precedente, mas também quando se estabelece uma questão de direito, já que “o que se espera de um precedente, ou seja, a sua capacidade de estabilizar a compreensão de questão jurídica e de assegurar segurança jurídica, previsibilidade e igualdade, não pode constituir privilégio das soluções definitivas dadas a cada um dos casos. Em princípio, todas as questões, envolvidas e presentes de uma ou outra maneira nos vários processos jurisdicionais, devem contar com os benefícios da teoria dos precedentes”⁸⁸³.

No que se refere à caracterização do *obiter dictum*, afirma Marinoni que não basta constatar que os fundamentos não discutidos efetivamente constituem *obiter dicta*, nem mesmo pensar que *dicta* são apenas os fundamentos não adequadamente discutidos, mas é preciso verificar, antes de tudo, “se o fundamento podia ser discutido e se a decisão tomada exigia a sua discussão”⁸⁸⁴. Nessa linha de raciocínio, refere o processualista o que compreende que constituiria *obiter dicta*: pronunciamentos que dizem respeito a pedido não formulado e a causa de pedir não invocada e fundamentos que, embora façam parte da causa de pedir, não foram alegados e discutidos pelas partes⁸⁸⁵. Entende, no entanto, que nesse último caso, pode ocorrer que, o que em tese deveria ser somente *obiter dictum*, porque, não pertencente ao pedido ou à causa de pedir, acabe transformando-se em *ratio decidendi*, na hipótese do fruto dessa discussão sedimentar-se dando origem à procedência do pedido ou ao provimento do recurso, transitando em julgado. Nessa situação, seria o caso de uma *ratio decidendi* merecedora de menos crédito⁸⁸⁶.

3.3.3.6. Considerações Conclusivas Sobre *Ratio Decidendi* e *Obiter Dictum* na Perspectiva da Função das Cortes de Vértice

3.3.3.6.1. Decisão de Questão Jurídica Vinculada ao Caso e Debatida no Processo

Para os fins do presente trabalho, consideramos adequada a solução proposta por Marinoni, desenvolvendo, a nosso ver, a de MacCormick. Entendemos que MacComick

883 Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes Obrigatórios*, pp. 260-261.

884 Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes Obrigatórios*, p. 280.

885 Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes Obrigatórios*, p. 280.

886 Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes Obrigatórios*, p. 281.

evoluiu o conceito de Rupert Cross, ao crescer a questão da interpretação de um determinado ponto jurídico justificada pela corte ao decidir um caso. Essa, a nosso ver, evolução, tem o mérito de adequar o discurso do precedente a uma concepção argumentativa do direito. Nada obstante, tendo mantido a ideia de *ratio* vinculada à de necessidade de decisão do caso, parece-nos que a proposta de Marinoni dá um passo ainda mais adiante. Considerando que a função institucional primária das cortes supremas é interpretar o direito e que a função de resolver o caso é apenas secundária⁸⁸⁷, pensamos que a proposta de Marinoni seja mais adequada à função das cortes de vértice e ao caráter argumentativo do direito. Isto é, entendemos que a *ratio decidendi* possa ser identificada como as razões determinantes de questões jurídicas debatidas no processo, ainda que não sejam suficientes nem necessárias para determinar a decisão.

Essa parece ser a proposta de Melvin Eisenberg, que relaciona a determinação da *ratio decidendi* com a função das cortes supremas. Eisenberg resume as teorias apresentadas anteriormente em basicamente dois grupos: teorias minimalistas (*minimalist approach*) e teorias centradas no resultado (*result-centered approach*)⁸⁸⁸. Segundo Eisenberg, as teorias minimalistas da *ratio decidendi* seriam aquelas nas quais a *ratio decidendi* consiste na parte da regra (*rule*) anunciada pela corte que era necessária para a decisão, sendo todo o resto dito no julgamento apenas *obiter dictum*, não vinculante. Nessa perspectiva, entende que essa aproximação reduz a *rule* anunciada pela corte a um mínimo⁸⁸⁹. As teorias centradas no resultado, por sua vez, seriam aquelas em que a *rule* do precedente seria a proposição que sobre os fatos (ou alguns deles) o resultado do precedente deve ser encontrado. O que importa sob essa aproximação é o que a corte fez, não o que a corte disse⁸⁹⁰.

Sob esse aspecto, para Eisenberg - e aqui está um ponto muito importante - ambas as

887 Premissa adotada nesse trabalho: Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*; Luiz Guilherme Marinoni. *O STJ Enquanto Corte de Precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*.

888 Melvin A. Eisenberg. *The Nature of the Common Law*, p. 52.

889 No original: “Under a *minimalist* approach, the rule of a precedent consists of that part of the rule announced by the precedent court's opinion that was necessary for the decision. The rule so established is characterized as the ratio decidendi or holding for the precedent, and is deemed binding. Anything else said in the opinion is characterized as dicta and is deemed not binding. Carried to its logical conclusion, such an approach cuts back the rule announced by the precedent court to a bare minimum” (Melvin A. Eisenberg. *The Nature of the Common Law*, p. 52).

890 No original: “Under a *result-centered* approach, the rule of precedent consists of the proposition that on the facts of the precedent (or some of them) the result of the precedent should be reached. What is important under this approach is what the precedent court did, not what is said. It is often implicit in this approach that in the deciding court's view the precedent court's intuition was better than its rationalization” (Melvin A. Eisenberg. *The Nature of the Common Law*, pp. 52-53).

teorias (*minimalist* e *result-centered*) estão centradas unicamente no pensamento do produto, sob o ponto de vista de que as *rules* são geradas tão somente como um produto (*by-product*) da premissa de que a função das cortes é apenas resolver conflitos. Talvez seja por isso, prossegue, que se busca usualmente a *ratio decidendi* mais no que as cortes fizeram do que no que as cortes disseram. Vale a transcrição: “*On the surface, at least, minimalist and result-centered approaches both seem to be grounded in the by-product model of the court's role in establishing legal rules, under which legal rules are generated only as a by-product of the dispute-settlement function. Perhaps because the courts often profess to follow this model, it is frequently taken as a rubric that the role of a precedent is based less on what the precedent court said than on what it did. Minimalist and result-centered approaches fit neatly under this rubric*”⁸⁹¹.

Rejeitando os dois modelos, Eisenberg propõe o modelo do *announcement approach*. Sob essa perspectiva, a *rule* de um precedente consiste na *rule* que ele impõe, considerando que seja uma decisão a respeito de uma questão relevante suscitada em razão da disputa judicial perante a corte⁸⁹². Comparando com as duas anteriores teorias, Eisenberg conclui que a teoria do *announcement approach* está fundamentada na ideia de que a função das cortes é enriquecer o ordenamento jurídico. Dessa forma, entende que essa teoria concilia as duas funções das cortes, quais sejam, valoriza a função de enriquecimento do suprimento de normas jurídicas sem desconsiderar que isso é feito por meio da função de resolver conflitos. A transcrição do original mostra-se pertinente: “*In contrast to the minimalist and result-centered approaches, the announcement approach is implicitly grounded in the enrichment model of court's role in establishing legal rules. On the one hand, the announcement approaches gives weight to the rules announced by the court just on the ground that they are announced thereby recognizing that the enrichment of the supply of legal rules is a valued function itself. On the other, the announcement approach insists in some relation between the rule and the dispute, thereby recognizing that the function of enriching the supply of legal rules, although valued in itself, is nevertheless connected in important ways to the function of dispute resolution*”⁸⁹³.

Essa visão parece-nos em total compasso com a ideia de que a justificação da decisão

891 Melvin A. Eisenberg. *The Nature of the Common Law*, p. 53.

892 “Under this approach, the rule of a precedent consists of the rule it states, provided that rule is relevant to the issues raised by the dispute before the court” (Melvin A. Eisenberg. *The Nature of the Common Law*, p. 55).

893 Melvin A. Eisenberg. *The Nature of the Common Law*, p. 55.

judicial abre caminho ao discurso da motivação – voltado a decidir o caso concreto – e ao do precedente – voltado ao tratamento igualitário e a servir de orientador de condutas, adequando-se, ainda, ao papel das cortes encarregadas de promover o discurso do precedente. Melhor explicando: a função principal das cortes de vértice é estabelecer a interpretação do direito (com o que promover unidade, isonomia e segurança jurídica), mas essa função é cumprida sempre por meio de um caso concreto, o que significa que a função de decidir o caso é, na verdade, secundária. O caso é apenas um pretexto⁸⁹⁴ para que a corte de vértice estabeleça a interpretação do direito toda a vez que aquelas circunstâncias aparecerem.

E nesse contexto aparece o discurso do precedente. Tomando como pretexto um caso (uma determinada situação de fático-jurídica) estabelece a interpretação do direito a respeito de alguma questão jurídica que no caso tenha sido suscitada e debatida, sem que para isso – e aqui está o ponto – a questão seja necessária para resolver o julgamento do caso.

Um exemplo prático e real pode auxiliar:

Em 2006, no julgamento do REsp 628.464/GO, a Terceira Turma do STJ analisou um recurso especial, oriundo de uma ação rescisória proposta contra uma decisão que, no curso de um processo de execução, não acolheu a alegação de impenhorabilidade de um móvel, por não ter sido considerado ser um bem de família. A decisão interlocutória da execução foi, portanto, o objeto da ação rescisória. O réu da ação rescisória alegou na sua contestação: a) o decaimento do direito de propor ação rescisória, pelo transcurso do prazo de dois anos; b) a inépcia da inicial, por impossibilidade de ajuizamento de ação rescisória contra decisão interlocutória, tendo em vista que a lei se refere a “sentença de mérito”; e, por fim, c) falta de comprovação da violação a literal dispositivo de lei. O autor da ação rescisória saiu vencedor na instância de origem. Chegando o caso a julgamento para o STJ, mediante recurso do perdedor da ação rescisória, foi proferido longo e detalhado voto, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi. O voto é analítico e estruturado em quatro partes, sendo que a parte II é subdividida em duas partes:

- I) Da alegada violação ao art. 535 do CPC;
- II) Do cabimento de ação rescisória contra a decisão que se pretende ver rescindida: alegação de violação aos arts. 485 e 162, § 2º do CPC.
 - II-a) Análise do acórdão recorrido.

⁸⁹⁴ Daniel Mitidiero, *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 67.

II-b) Do cabimento excepcional de ação rescisória em face de decisão interlocutória.

III) Do respeito ao prazo decadencial de dois anos;

IV) Da alegada preclusão da matéria decidida;

Todo o arrazoado proferido pela corte teve como tema central um ponto jurídico discutido no processo e de alta controvérsia: considerando que o texto da lei refere que é cabível ação rescisória contra “sentença de mérito”, afinal, caberia ação rescisória contra decisão que, em ação de execução, rejeita a alegação de impenhorabilidade de um bem (decisão interlocutória)? Isto é, esta decisão interlocutória, estaria abrangida pelo conceito da norma? Houve um amplo estudo e arrazoado a respeito da interpretação do art. 485 e 162, § 2º, do CPC, chegando, o STJ, à conclusão de que era admissível a ação rescisória, com a seguinte conclusão: *“A decisão - interlocutória - que, no curso da execução, analisa a impenhorabilidade de determinado bem, portanto, é uma decisão a respeito de uma pretensão manifestada pelo devedor, e adquire contornos de definitividade, assumindo, assim, características de julgamento de mérito”*. A decisão a esse respeito era favorável ao recorrido.

Essa não foi, no entanto, a decisão do caso. Isso porque, depois desse arrazoado, a Turma decidiu que, no final das contas, o prazo decadencial havia sido ultrapassado e, assim, julgou em favor do recorrente, desprovido o recurso, para decretar a ocorrência da decadência: *“Em resumo, portanto, embora seja possível admitir-se a rescisão de decisão interlocutória que decide questão relativa à impenhorabilidade de bem de família, verifica-se que, na presente hipótese, a decisão rescindenda apenas reiterou o conteúdo de decisão anterior. A presente ação rescisória, portanto, deveria ter por alvo a decisão de 30.10.1995 (...) Forte em tais razões, CONHEÇO e DOU PROVIMENTO ao recurso especial, para, reformando o acórdão recorrido, indeferir a petição inicial em face da decadência do prazo previsto para a propositura da ação”*.

Como se vê, a decisão proferida no julgamento do caso segundo o qual é cabível a ação rescisória contra decisão interlocutória que, no curso do processo de execução, rejeita a alegação de impenhorabilidade de um bem *não* era necessária para a conclusão do caso, qual seja, a decretação da decadência. Poderia a corte, simplesmente, ter enfrentado a questão preliminar da decadência e simplesmente ter provido o recurso sem nenhuma palavra sequer

dizer a respeito da admissibilidade da rescisória contra decisão interlocutória.

Segundo as teorias minimalistas e centradas no resultado, essa discussão jurídica em torno de um ponto controvertido da interpretação do direito que é importante para toda a sociedade brasileira representaria apenas *obiter dictum*, porque vinculadas tão somente à questão decidida necessária para resolver o caso. Nessa hipótese, não só qualquer tribunal do País estaria autorizado a decidir de qualquer forma uma questão idêntica (não haveria qualquer vinculação de razões), como também na hipótese de um tribunal decidir de forma diversa não autorizaria o recurso especial pela divergência jurisprudencial, que é uma hipótese, no direito brasileiro, de recurso com fundamento no precedente.

Por essa razão, entendemos que a compreensão da *ratio decidendi* deverá ser vista do ponto de vista da função das cortes superiores, que tomam como pretexto o julgamento do caso para estabelecer a interpretação a respeito de um ponto jurídico relevante⁸⁹⁵. Com isso, entendemos que a proposta de Marinoni conjugada com a de Eisenberg seja a mais adequada ao caráter argumentativo do direito.

É fundamental compreender, no entanto, que a nosso ver para que constitua *ratio decidendi* a questão jurídica a ser decidida deve ter vinculação direta com o caso em questão e deve ter sido objeto de debate no processo, ou seja, só formarão *ratio as questões jurídicas decididas relativas aos casos e aos argumentos das partes*⁸⁹⁶. A exigência de vinculação com o caso está em que o precedente não pode ser compreendido senão em função da situação fático-jurídico concreta da causa⁸⁹⁷. A exigência de debate está em que, na perspectiva do processo justo e de uma estrutura processual cooperativa, só há legitimação da decisão se

895 Conforme Daniel Mitidiero, o recurso é apenas “um meio pré-ordenado para a consecução da finalidade colimada à Corte Suprema: outorgar a adequada interpretação do direito a fim de guiar a sua efetiva realização” (*Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 67)

896 “We can take rationes for what they are – rulings on law stated as necessary parts of justifications of decisions *relatively to the cases and the arguments put by given parties*” (Neil MacCormick. “Why cases have rationes and what these are”, p. 171).

897 “(...) rimane chiaro che la struttura fondamentale del ragionamento che porta ad applicare il precedente al caso successivo è fondata sull'analisi *dei fatti*. Se questa analisi giustifica l'applicazione nel secondo caso della *ratio decidendi* applicata nel primo, il precedente è efficace e può determinare la decisione del secondo caso” (Michele Taruffo. *Precedente e Giurisprudenza*, p. 14). Marinoni refere: “O precedente contém a justificativa racional de opção ou decisão em favor de um sentido do direito. Porém, a racionalidade da justificativa, enquanto elemento que permite a sua compreensão em face de determinada questão de direito, requer pautas formais, prévias ao desenvolvimento da justificativa. É preciso saber o que as razões visam a elucidar (o ponto de dúvida), bem como o lugar a partir do qual elas são elaboradas. Ou seja, uma *ratio decidendi* só tem racionalidade externa, perante os diversos casos e questões jurídicas, quando se sabe exatamente a situação concreta e a tese de direito de que fala e se conhece o caminho, inclusive valorativo, que a faz nascer” (*O STJ Enquanto Corte de Precedentes*, p. 197).

houver debate⁸⁹⁸. Dessa forma, mesmo que uma questão de direito seja debatida e interpretada pela corte institucionalmente determinada a tanto, porém sem que tenha relação direta com o caso em debate e não tenha sido objeto de debate no processo, esse ponto não constituirá *ratio decidendi*, mas *obiter dictum*. Marinoni traz um exemplo que, a nosso ver, enquadra-se perfeitamente nesse conceito. Explicando um julgamento ocorrido perante o STJ no qual se discutiu a necessidade de intimação pessoal do devedor para cumprir a sentença, nos termos do art. 475-J, do CPC, um dos ministros, para fundamentar que bastava a intimação por advogado, discorreu sobre uma eventual responsabilidade do advogado que não informasse seu cliente a respeito da necessidade de cumprir a sentença⁸⁹⁹. A responsabilidade do advogado, além de não fazer parte do objeto da discussão (da situação fático-jurídica concreta veiculada no recurso), não havia sido em nenhum momento objeto de discussão das partes no processo⁹⁰⁰. Essa manifestação, nesses termos, classifica-se, na visão adotada nesse trabalho, como *obiter dictum*.

3.3.3.6.2. Extração da *Ratio* em Termos de Premissa Normativa da Justificação Interna

Riccardo Guastini refere que a extração da *ratio decidendi* deve dar-se em termos de premissa normativa da justificação interna da decisão: “*Per indentificare la ratio decidendi, occorre identificare il 'nocciolo' del ragionamento compiuto dal giudice, e più precisamente la premessa normativa della giustificazione interna*”⁹⁰¹. Guastini não trabalha em termos de “descoberta” da *ratio decidendi*, mas refere que se trata de um processo de universalização que se faz conjecturalmente⁹⁰².

No mesmo sentido, Thomas de Bustamante refere que é importante que a *ratio decidendi* seja extraída em termos de regra que permita o posterior raciocínio ao caso futuro na estrutura de um silogismo⁹⁰³. É claro que, diante de tudo o que se considerou no presente

898 Daniel Mitidiero. *Colaboração no Processo Civil*, pp. 149 e ss.

899 Luiz Guilherme Marinini. *O STJ Enquanto Corte de Precedentes*, p. 196.

900 Luiz Guilherme Marinini. *O STJ Enquanto Corte de Precedentes*, pp. 196-197.

901 Riccardo Guastini. *Interpretare e Argomentare*, p. 264.

902 Riccardo Guastini. *Interpretare e Argomentare*, p. 264.

903 “A técnica do precedente apenas se torna relevante nos casos em que é possível extrair uma *ratio decidendi* do tipo regra que seja capaz de elevar o grau de objetivação do Direito. São os precedentes com uma estrutura hipotético-condicional, com uma estrutura de *regra* que cumprem sua função de produzir certeza e objetividade do Direito. Sem uma estrutura silogística, a universalizabilidade e a igualdade de tratamento *em face de um caso concreto* deixam de ser atingíveis” (Thomas da Rosa de Bustamante. *Teoria do Precedente*

trabalho, o raciocínio em termos de silogismo não é simples porque envolve, primeiro, que sejam enfrentados problemas de interpretação, de provas, de qualificação e de relevância⁹⁰⁴ e, segundo, porque também é problemática a qualificação jurídica do fato⁹⁰⁵.

Nada obstante, como consideração conclusiva parece de fato relevante que se busque nos termos propostos por Guastini, extrair a *ratio decidendi*, embora sempre *congetturalmente*, em termos de universalização da premissa da justificação externa. Como veremos no ponto 3.4.1, o precedente de fato trabalha com generalizações.

3.3.4. Dimensão de Eficácia (ou Força dos Precedentes)

A dimensão de eficácia ou a força dos precedentes referem-se à natureza e intensidade da influência que o precedente exerce sobre a decisão de um caso posterior⁹⁰⁶. A questão, ao lado da definição de *ratio decidendi*, coloca-se como uma das mais intrincadas no âmbito da *common law* e tem vinculação direta com a já referida dimensão institucional (por isso mesmo possuindo uma grande variação dependendo do ordenamento jurídico) e com as técnicas de aplicação e utilização do precedente, que serão a seguir abordadas. Basicamente a discussão gira em torno da discussão se o precedente possui eficácia vinculante ou persuasiva. Se o precedente tem força vinculante o juiz ou corte do caso posterior está obrigado a decidir conforme o precedente⁹⁰⁷, mas se a força for persuasiva, não terá tal obrigação⁹⁰⁸.

A questão possui tão elevada complexidade, dependendo do ordenamento jurídico em que se insere o precedente, que, num estudo comparativo, foram identificadas diversas possibilidades de força do precedente que, para fins didáticos, entende-se pertinente adotar no presente estudo.

O precedente pode possuir diversos graus de eficácia. Conforme identificado pela

Judicial, p. 468).

904 Neil MacCormick. *Rhetoric and the Rule of Law*, p. 27.

905 Embora refira que o raciocínio do precedente deve-se dar por meio de um silogismo e reconheça os problemas a ele relativos, Thomas de Bustamante não se propôs a enfrentá-los. “Como resolver esses problemas é algo que deixarei de tratar aqui” (Teoria do Precedente Judicial, p. 469).

906 Michele Taruffo. “Dimensioni del precedente giudiziario”, p. 426.

907 “The prior case, being directly in point, is no longer one which *may* be used as a pattern; it is one which *must* be followed in the subsequent case. It is more than a model; it has become a fixed and binding rule” (Arthur. L. Goodhart. *Precedent in English and Continental Law*. London: Stevens and Sons, Limited, 1934, p. 9).

908 “A given precedent may be 'binding' on subsequent judges, or it may be only 'persuasive' authority, to use the terminology of common lawyers. Judges are obligated to follow binding precedents, but not merely persuasive ones”. (P. S. Atiyah; Robert Summers. *Form and Substance in Anglo-American Law: a comparative study of legal reasoning, legal theory and legal institutions*, p. 223).

doutrina⁹⁰⁹, o precedente pode conter:

- 1) vinculação formal: um julgamento que não respeite a força vinculante do precedente é contrário ao direito e sujeito à reversão em grau de recurso. Distingue-se:
 - a) vinculação formal não sujeita a superação: (i) “Estritamente vinculante” - deve ser aplicado em todos os casos; (ii) superavelmente vinculante – deve ser aplicado em todos os casos a menos que se apliquem exceções (definidas ou não);
 - b) vinculação formal (com ou sem exceções) que é sujeita a superação ou modificação.
- 2) Não formalmente vinculante mas contendo força: um julgamento que não respeite a força do precedente, embora não seja contrário ao direito, é sujeito a críticas e pode ser sujeito a reversão. Distingue-se:
 - a) força superável – deve ser aplicado a menos que surjam exceções (que podem ou não ser bem definidas);
 - b) força prevalecente: deve ser aplicado a menos que haja razões contrárias para não aplicar;
- 3) Não formalmente vinculante e não tendo força, mas provendo razões: um julgamento que não o considere não é contrário ao direito e pode ainda ser justificado, mas não tão bem justificado quanto seria se o precedente tivesse sido invocado, por exemplo, para mostrar que a decisão a que se chega harmoniza-se com o precedente;
- 4) Força meramente ilustrativa ou outro valor.

Chiassoni, por sua vez, após avaliar a proposta adotada pelo *Bielefelder Kreis*, traça a seguinte ordem de relevância dos precedentes: sistemas de relevância proibida; sistemas de relevância argumentativa muito fraca; sistemas de relevância argumentativa fraca; sistemas de relevância argumentativa forte; sistemas de força vinculante fraca; sistemas de força vinculante forte; sistemas de força vinculante muito forte; e, por fim, sistemas de relevância discricionária.

Hoje em dia, no entanto, pode-se dizer que não há sistemas de estrita vinculação ao precedente, já que, conforme ressalta Cruz e Tucci, nem mesmo a *Supreme Court of the United Kingdom* está absolutamente adstrita às suas próprias decisões⁹¹⁰. A questão será

909 Aleksander Peczenick. “The binding force of precedent”. In: Neil MacCormick; Robert S. Summers (orgs.). *Interpreting Precedents – A Comparative Study*. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997, p. 463.

910 José Rogério Cruz e Tucci. “Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial”, p. 241.

abordada na forma e técnicas de utilização do precedente,

3.4. Técnicas de Utilização do Precedente

Além de ser possível identificar o que é o precedente na linguagem que se extrai da justificação quando se volta ao discurso endereçado à sociedade, é igualmente importante saber como esse discurso é manejado. Entra, aqui, igualmente um aparato com o qual o jurista do *civil law* passou a preocupar-se a pouco tempo, sendo uma linguagem mais próxima aos países que com o precedente já trabalham há mais tempo.

3.4.1. Aplicação do Precedente. O Problema dos Casos *Alike*

O problema da aplicação dos precedentes, depois de conseguir-se extrair o que é a *ratio decidendi* de um caso anterior, é compreender se ele deve ser aplicado ao caso posterior posto a julgamento⁹¹¹. Na teoria pode parecer fácil, já que a ideia de aplicação do precedente é “*treat like cases alike*”, ou seja, havendo semelhança entre os casos, deve haver semelhança de tratamento. Mas é justamente aí que surge o problema, pois, uma vez que está identificada a *ratio decidendi* surge o problema de saber se o caso atual é similar ao caso anterior para fins de aplicação do precedente. Dizer que casos iguais devem ser tratados de forma igual é uma expressão tão ampla que a torna, nas palavras de Schauer, quase sem sentido⁹¹². Isso porque “*no two cases will be exactly alike*”⁹¹³. Mas, antes de jogarmos nossas mãos para o céu em desespero e concluirmos que não há constrição pelo precedente, nas palavras de Schauer⁹¹⁴, parece possível raciocinar em termos de generalizações⁹¹⁵. Conforme refere Francisco Rosito, o raciocínio da aplicação do precedente baseia-se em juízos de semelhança e diferenças relevantes entre os casos e, portanto, envolve escolhas de aspectos, elementos, características

911 Rupert Cross; J. W. Harris. *Precedent in English Law*, p. 186.

912 “Initially, the principle that like cases should be decided alike would seem to make an unassailable argument for precedent. But the difficulty of denying that like cases should be decided alike is precisely the problem. The statement is so broad as to be almost meaningless. The hard question is what we mean by 'alike'”(Frederick Schauer. “Precedent”, p. 596).

913 Frederick Schauer. *Thinking like a Lawyer*, p. 44.

914 Frederick Schauer. *Thinking like a Lawyer*, p. 52.

915 No two events are exactly alike. For a decision to be precedent for another decision does not require that the facts of the earlier and the later cases be absolutely identical. Were that required, nothing would be a precedent for anything else. We must therefore leave the realm of absolute identity. Once we do so, however, it is clear that the relevance of an earlier precedent depends upon how we characterize the facts arising in the earlier case”. Frederick Schauer. (“Precedent”, p. 577).

e perfis que servem como termos de referência⁹¹⁶. Com efeito, já que não há absoluta identidade entre dois casos, a solução geralmente encontrada para solucionar o problema das suas semelhanças vai normalmente tratada por meio da tentativa de identificar se a similitude é “relevante”⁹¹⁷. Ainda assim o equacionamento da questão se coloca em termos muito gerais e pouco (ou quase nada) controlável intersubjetivamente.

Esse problema não é novo. Foi, na verdade, o cerne da preocupação em definir a *ratio decidendi* por parte de Goodhart, para defender, como vimos, o sistema de precedentes do ataque dos realistas de que o precedente não restringia a escolha da corte posterior. Goodhart, então, elaborou sua teoria sobre os *factos materiais*. Comparando-se os fatos materiais do caso anterior com os fatos do caso posterior, chegar-se-ia ao critério de identificação do precedente. Mas, a bem da verdade, Goodhart não identifica critérios de seleção da materialidade dos fatos. Schauer, por seu turno, afirma que somente por meio de *rules of relevance* será possível distinguir entre as semelhanças e diferenças relevantes e irrelevantes entre um caso e outro⁹¹⁸, isto é, uma *rule of relevance* pode ser explicada, na verdade, como uma escolha entre alternativas caracterizações⁹¹⁹. Dessa forma, a tarefa da teoria dos precedentes é explicar, num mundo em que um evento possui tantas diferentes categorias, como e por quê algumas assimilações são plausíveis ou não⁹²⁰. Assim, Schauer tende a concluir que um precedente será tanto mais vinculativo quanto maior for o tamanho da categoria – a generalização – utilizada pelo precedente⁹²¹.

Uma vez que no direito brasileiro há uma espécie de recurso baseado na semelhança de situações fático-jurídicas decididas de formas distintas para as quais a corte é chamada a uniformizar a interpretação do direito (recurso por divergência jurisprudencial), Alvaro de Oliveira pôs-se a enfrentar o tema da similaridade de casos. Alvaro de Oliveira, utilizando-se da doutrina de Henke, refere que não representa óbice para a comparação de casos que as

916 Francisco Rosito. *Teoria do Precedente Judicial*, p. 273.

917 Frederick Schauer. *Thinking like a Lawyer*, p. 44; Robert Alexy, *Teoria da Argumentação Jurídica*, p. 268.

918 Frederick Schauer. “Precedent”, p. 578.

919 Frederick Schauer. “Precedent”, p. 579.

920 Frederick Schauer. “Precedent”, p. 579.

921 “From the perspective of the size of the categories involved, the question is not whether like cases should be decided alike, for at that level of abstraction that norm would engender unanimous agreement. Rather, the question is whether the categories of likeness should be large or small. If the categories of likeness, of assimilation, are so small as to enable a decisionmaker to take into account virtually every variation between separate events, then like cases are indeed being decided alike, yet the norm of precedent scarcely constrains. But if relatively large categories act to group many slightly different particular cases under general headings of likeness, then the stricture of deciding like cases alike makes reliance on precedent a substantial constraint”. (Frederick Schauer. “Precedent”, p. 596).

circunstâncias concretas constituam o fato decisivo na subsunção – operação de subsunção entendida como o enquadramento da situação de fato, do caso, na classe dos fatos designados pelo conceito jurídico ou pela hipótese da regra jurídica, e se fundamenta numa equiparação do novo caso àqueles cuja pertinência à classe já se encontra assente⁹²². “Concreto”, portanto, pode significar tanto o “individual”, ou seja, aquilo que é um aspecto específico, único do caso, quanto o “especial”, “ caracterizar o quadro fático só como *infima species* de um determinado gênero de casos”⁹²³. Dessa forma, se o concreto é o individual, a comparação não poderá ser tomada em conta a partir da sua unicidade, diferentemente, contudo, quando o sentido de concreto é “especial”. Nesse caso, explica o processualista gaúcho, ocorre a subsunção especializadora: “*Na subsunção especializadora, o quadro fático é examinado com vistas a ser determinada a possível classificação dentro de um gênero de casos vinculados por uma premissa maior comum (a valoração concreta geral, não concreta individual). Nessa hipótese não entra em linha de conta a conduta de uma pessoa individual, em determinado momento individual e em determinado lugar individual. Relevante é apenas a conduta de uma pessoa caracterizada pelos elementos próprios do grupo ('motorista') em um momento ('noite') e lugar ('estrada'), estabelecidos apenas por sua espécie. Mas, a se prescindir dos elementos que fazem a unicidade do caso, existirá, sem dúvida, a possibilidade de comparar quadros fáticos congruentes pertencentes ao mesmo gênero*”⁹²⁴.

O processualista gaúcho também conclui que “*a análise comparativa deve se circunscrever exclusivamente à ratio decidendi, nunca a elementos à margem da decisão do caso, como os comentários, as observações, os obiter dicta, em suma, lançados pelo órgão judicial*”⁹²⁵.

A solução apresentada por Alvaro de Oliveira parece em termos gerais se aproximar daquela que Schauer apresentou para identificar os *material facts* do precedente, no sentido de que o autor estadunidense menciona que esses fatos relevantes são colocados na decisão em termos de tipos, em formas de generalização⁹²⁶, explicando porque algumas assimilações são plausíveis ou não, devendo sempre se ter em conta o contexto das situações⁹²⁷.

922 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. “A Semelhança no Dissídio Jurisprudencial”. In: Adroaldo Furtado Fabrício (org.). *Meios de Impugnação ao Julgado Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 134.

923 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. “A Semelhança no Dissídio Jurisprudencial”..., p. 135.

924 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. “A Semelhança no Dissídio Jurisprudencial”, p. 135.

925 Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. “A Semelhança no Dissídio Jurisprudencial”, p. 136.

926 Frederick Schauer. “Precedent”, p. 585.

927 “Precedent depends on rules, and those rules themselves depend on context”. (Frederick Schauer. “Precedent”, p. 578).

Similarmente, a proposta de Alvaro de Oliveira também envolve esses termos: categorizações que para o direito sejam relevantes tendo em conta a finalidade da norma, isto é, similaridade entre os elementos jurídicos e não meramente fáticos. Diante disso, as generalizações constroem a interpretação no caso, o que impõe uma maior carga argumentativa para o intérprete do segundo caso que entenda que a situação do caso a ser decidido não representa semelhança com a decisão paradigma⁹²⁸ - o que nos leva, como será visto a seguir, ao *distinguishing*.

Com efeito, a nosso ver a avaliação entre a semelhança ou diferença só pode ser feita – isto é, só adquire relevo *material* – a partir do momento em que as diversas situações são comparadas por meio de um *critério* que tem pertinência com uma *finalidade*. É dizer: a aplicação da igualdade depende de um critério diferenciador e de um fim a ser alcançado⁹²⁹. O direito envolve a escolha de *finalidades*⁹³⁰.

Dessa forma, por exemplo, para um caso cujo fim é resolver uma situação de direito privado relativo a direito do consumidor, a semelhança das categorias de generalização deve envolver questões como consumidor, produto, defeito, vício, cláusula abusiva – esses passam a ser, portanto, os *critérios* de comparação entre os casos. Pouco importa se o consumidor é homem ou mulher, baixo ou alto, rico ou pobre; se o defeito é *x* ou *y*, se o produto é *p* ou *q*. Veja-se, que se o produto é *p* ou *q* *pode* ser que seja algo venha a importar para determinar se a distinção é relevante ou não, tudo depende da finalidade, que determinará o critério diferenciador. É a isso que Alvaro de Oliveira se refere quando menciona relações entre *quadros fáticos congruentes (critério diferenciador)* e de critérios extrínsecos, senão da finalidade e do sentido da norma a aplicar (*em função de um fim*). É isso, entendemos, que a doutrina quer dizer quando refere que meros elementos fáticos (individuais) não importam, mas as generalizações – é que para os fins do direito, que normalmente comportam fatos jurídicos, juridicamente qualificados, de modo que generalizações se tornam critério mais comum.

O critério diferenciador, portanto, depende da finalidade. Não é possível estabelecer

928 “The existence of rulelike language in a binding judicial opinion, or a statement of a legal principle in such an opinion, at the very least shifts the burden of argument”. (Frederick Schauer. *Thinking like a Lawyer*, p. 179).

929 Humberto Ávila. *Teoria dos Princípios*, p. 172.

930 Algo semelhante: “A interpretação de finalidades e efeitos, diferentemente da análise de textos, exige a atribuição de sentido a determinados dispositivos ou a delimitação do âmbito de aplicação de normas que mencionam ou pressupõem a promoção de estados de coisas e a investigação da relação entre normas e condutas” (Humberto Ávila. “Função da ciência do direito tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo”, p. 189).

um critério fixo a *priori*, generalizável e aplicável a todos os casos. O problema volta a ser o problema de identificação da classificação de uma espécie (o caso sob exame) em uma categoria mais geral (o caso do precedente). Isso significa que, a avaliação de semelhança para aplicação ou não do precedente eleva, depende, também, do nível de justificação. Passa a ser, à semelhança da justificação a respeito da qualificação jurídica do fato, um ponto de justificação externa para a aplicação do precedente.

3.4.2. *Distinguishing*

O *distinguishing* é uma técnica de utilização do precedente que expressa a distinção entre casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente vinculante⁹³¹. É o que os juízes fazem, segundo Duxbury, quando promovem uma distinção entre um caso e outro⁹³². A discussão que se segue a respeito da distinção entre casos é basicamente a mesma da sua aplicação, ou seja, devem-se cotejar as situações para avaliar similaridades e distinções. No âmbito do precedente vinculante, quando houver essa semelhança, o precedente identificado deverá ser aplicado ao caso a ser decidido; quando não houver, no entanto, essa semelhança entre os casos, então não haverá vinculação ao precedente justamente em razão da distinção. Por essa razão, refere a doutrina que o raciocínio que envolve o processo de seguir ou de distinguir o precedente depende do reconhecimento de similaridade ou dissimilaridade entre os casos⁹³³. A única forma de não aplicação de um precedente obrigatório é por meio da distinção das situações fático-jurídicas⁹³⁴.

Uma vez que a questão diz respeito, no fundo, à aplicação do precedente, o importante para o ponto é compreender que o fundamental é a justificativa da distinção, sem a qual torna-se arbitrária. Por essa razão, determina a doutrina que distinguir não envolve simplesmente a indicação de uma distinção de factual entre dois casos, mas envolve essa distinção como meio de justificação para recusar a aplicação do precedente⁹³⁵.

931 Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes Obrigatórios*, p. 327.

932 Neil Duxbury. *The Nature and Authority of Precedent*, p. 113.

933 “This leads on to a discussion of following and distinguishing. The reasoning involved in these two process depends upon the recognition of similarity and dissimilarity between cases” (A. W. B. Simpson. “The *Ratio Decidendi* of a Case and the Doctrine of Binding Precedent”, p. 149).

934 Michael Zanon. *The Law-Making Process*, p. 274.

935 “Distinguishing does not simply involve pointing out a factual distinction between two cases; it involves further the use use of this factual distinction as a justification for refusal to follow the earlier case” (A. W. B.

A justificação da decisão, nesse caso para a distinção, volta a assumir aqui relevo importantíssimo. Conforme refere Marinoni, para realizar a distinção “*não basta ao juiz apontar os fatos diferentes, cabendo-lhe argumentar para demonstrar que a distinção é material, e que, portanto, há justificativa para não se aplicar o precedente. Ou seja, não é qualquer distinção que justifica o distinguishing. A distinção fática deve revelar uma justificativa convincente, capaz de permitir o isolamento do caso sob julgamento em face do precedente*”⁹³⁶.

3.4.3. *Modifying* ou *Overriding*

Outra técnica de relevo no manejo dos precedentes é o *modifying* ou *overriding*. Essa técnica é utilizada para reconhecer a existência de um fundamento apto a modificar a *ratio decidendi*, sem, contudo, superá-lo integralmente⁹³⁷.

Existem duas técnicas que a doutrina aponta de *modifying* da *ratio decidendi*, consistentes num estreitamento (*narrowing*)⁹³⁸ ou alargamento (*extending*), baseados na abstração da *ratio* que permite, portanto, uma aplicação ou estreitamento do seu campo de aplicação⁹³⁹. Nesse caso, não se revoga o precedente, não se anuncia a sua iminente revogação, nem se reconstrói o precedente. Aproxima-se, por isso, com uma revogação parcial e fundamenta-se na necessidade de compatibilização do precedente com um entendimento posteriormente firmado⁹⁴⁰.

3.4.4. *Overruling*

A técnica do *overruling* consiste na superação do precedente, em razão do reconhecimento da existência de fundamento jurídico suficiente para abandonar àquele no qual estava baseado o precedente que *a priori* seria aplicável⁹⁴¹. Está baseado na compreensão de que o direito precisa desenvolver-se, o que seria impedido com uma rígida e inalterável aderência ao precedente – ideia que embasou o *Practice Statement* de 1966 que, conforme

Simpson. “The *Ratio Decidendi* of a Case and the Doctrine of Binding Precedent”, p. 175).

936 Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes Obrigatórios*, p. 328.

937 Francisco Rosito. *Teoria dos Precedentes Judiciais*, p. 303.

938 Melving A. Eisenberg. *The Nature of the Common Law*, p. 135.

939 Francisco Rosito. *Teoria dos Precedentes Judiciais*, p. 303.

940 Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes Obrigatórios*, p. 348.

941 Francisco Rosito. *Teoria dos Precedentes Judiciais*, p. 305.

visto, autorizou o *overruling* no âmbito da *House of Lords*.

Antes do *Practice Statement* compreendia-se que haveria vinculação horizontal ao precedente. Goodhart, por exemplo, referia que todas as cortes estavam absolutamente vinculadas pelas decisões de cortes superiores e que “*The House of Lords is absolutely bound by its own decisions*”⁹⁴². Goodhart expressamente refere que a tendência de considerar o *common law* mais flexível que o direito dos países de *civil law* só pode ser visto assim não porque o direito inglês é baseado no precedente, mas a despeito do precedente⁹⁴³. O direito inglês, refere, pode ser considerado flexível pela possibilidade de atuação das cortes quando não há precedente, mas, uma vez estabelecido, o direito torna-se rígido⁹⁴⁴. Como o direito precisa evoluir para acompanhar a ordem do dia da do desenvolvimento social, no *Appendix* do seu artigo, Goodhart reconhece que o quadro que pintou a respeito dos precedentes ingleses não é completo, porque os precedentes podem ser usados em termos que analogia e, então, não teriam tamanho tom autoritativo. Nesse sentido, adianta o que viria posteriormente ser estabelecido, ao afirmar que “*some relaxation of the strict common law doctrine may gradually be introduced*”⁹⁴⁵.

Embora a possibilidade de *overruling*, entendemos, com Daniel Mitidiero, que isso afirme (e não infirme) e existência de precedente vinculante tanto na direção vertical, quanto na horizontal, porque, se não fosse obrigatório no sentido horizontal, não haveria porque falar-se em superação, bastaria ignorá-lo. Mas não é o que ocorre, já que a superação do precedente demanda uma alta carga argumentativa: “*Todavia, é preciso ter presente, de um lado, que distinguishing e overruling são técnicas que justamente pressupõem a força vinculante do precedente. A distinção serve justamente para mostrar que não há analogia possível entre os casos, de modo que o caso está fora do âmbito do precedente. O overruling é a superação total do precedente e constitui um poder dado apenas aos órgãos que foram encarregados de sua formulação mediante um complexo encargo argumentativo, que envolve a demonstração do desgaste do precedente no que tange à sua congruência social e*

942 Arthur L. Goodhart. “Precedent in English and Continental Law”, p. 10.

943 “It is also frequently claimed for English law that it is more flexible than that of the Continent, but in so far as this is true, it is in spite of and not because of the doctrine of precedent” (Arthur L. Goodhart. “Precedent in English and Continental Law”, pp. 25-26).

944 “There are many such vacant spaces in English law which remain to be filled, but when a space has once been closed by a precedent, then no further development is possible” (Arthur L. Goodhart. “Precedent in English and Continental Law”, p. 26).

945 (Arthur L. Goodhart. “Precedent in English and Continental Law”, p. 55).

consistência sistêmica”⁹⁴⁶. Ou seja, há uma elevada carga argumentativa para que um precedente seja superado⁹⁴⁷. O fato de ser superável, no entanto, não advém de uma menor carga de vinculação, uma vez que a superabilidade é uma marca do direito como um todo, não só do precedente⁹⁴⁸.

De fato, a inevitável evolução do direito determinada pela dinâmica social permite que, em determinadas circunstâncias, abra-se exceção à doutrina dos *binding precedentes*⁹⁴⁹, para que se permita a superação do precedente. Melving Eisenberg, acompanhado pela doutrina⁹⁵⁰, aponta que um precedente está em condições de ser revogado quando deixa de corresponder aos padrões de congruência social e de consistência sistêmica e, ademais, os valores que subjazem ao padrão de estabilidade recomendam mais sua superação do que sua manutenção⁹⁵¹.

É importante referir, finalmente, que a superação do precedente pode, em determinadas situações, causar insegurança jurídica⁹⁵². Para que o precedente, no entanto, possa servir de meio de tutela os direitos numa perspectiva geral, mediante a criação de um ambiente mais seguro para o desenvolvimento da vida social, é indispensável que, mesmo com a superação do precedente, haja “segurança na mudança”⁹⁵³. Isso significa que o Poder Judiciário, embora vinculado aos seus precedentes, pode mudar de orientação desde que “o faça de maneira fundamentada e com respeito às posições anteriormente consolidadas sob a

946 Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 74.

947 Alexy refere que os precedentes são regidos pelo princípio de inércia perelmaniano, de modo que “surge como questão de princípio a exigência do respeito aos precedentes, admitindo afastar-se deles, mas cabendo em tal caso a *carga da argumentação* a quem queira se afastar” (Robert Alexy. *Teoria da Argumentação Jurídica*, p. 268).

948 Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 74. Sobre a superabilidade de regras, Humberto Ávila. *Teoria dos Princípios*, pp. 120-128.

949 José Rogério Cruz e Tucci. “Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial”, p. 242. Alexy refere que a exclusão de qualquer mudança de um precedente seria incompatível com a pretensão de correção que toda decisão formula” (Robert Alexy. *Teoria da Argumentação Jurídica*, p. 268).

950 Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes Obrigatórios*, p. 391; Francisco Rosito. *Teoria dos Precedentes Judiciais*, p. 309; Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*, p. 74.

951 “A doctrine should be overruled if (i) it substantially fails to satisfy the standards of social congruence and systemic consistency, and (ii) the values that underlie the standard of doctrinal stability and the principle of stare decisis – the values of evenhandedness, protecting justified reliance, preventing unfair surprise, replicability, and support – would be no better served by the preservation of a doctrine than by its overruling”. (Melvin A. Eisenberg, *The Nature of the Common Law*, pp. 104-105).

952 José Rogério Cruz e Tucci. “Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial”, p. 243.

953 Mudança jurisprudencial no sentido de que “uma decisão judicial afasta-se, pela primeira vez, de uma outra decisão judicial eficaz sobre a mesma questão” (Humberto Ávila. *Segurança Jurídica*, p. 466).

orientação então pronunciada”⁹⁵⁴. Deve-se, por isso, estar atento para a utilização de meios que protejam a confiança em caso de superação do precedente⁹⁵⁵, sendo a técnica da sinalização e o *prospective overruling* bons exemplos. No caso da sinalização, o tribunal não ignora que o conteúdo do precedente vinculante está equivocado ou não mais deve subsistir, mas, em virtude da segurança jurídica, deixa de revogá-lo, apontando, no entanto, a sua perda de consistência e sinalizando que provavelmente superará o precedente⁹⁵⁶. No caso do *prospective overruling*, ocorre a superação do precedente, porém sem efeitos retroativos⁹⁵⁷, garantindo a situação jurídica de quem praticou atos sob a vigência e confiança do precedente revogado: “*The major justification for prospective overruling is the protection of justifiable reliance*”⁹⁵⁸.

954 Humberto Ávila. *Segurança Jurídica*, p. 463.

955 Humberto Ávila. *Segurança Jurídica*, p. 491.

956 Melvin A. Eisenberg. *The Nature of the Common Law*, p. 121; Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes Obrigatórios*, p. 336.

957 Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes Obrigatórios*, p. 421.

958 Melvin A. Eisenberg. *The Nature of the Common Law*, p. 131.

CONCLUSÃO

Traçado, a nosso ver, o caminho inicialmente proposto a ser percorrido, entendemos que é chegada a hora de responder às quatro grandes perguntas lançadas na introdução do presente trabalho. Vamos a elas.

- *Qual a mais adequada teoria da interpretação jurídica?* (ou, qual a atividade do intérprete na interpretação jurídica?)

Segundo nosso trabalho, concluímos que a mais adequada teoria da interpretação e da atividade que desenvolve o intérprete é a teoria antiformalista na sua vertente cética moderada. Essa teoria demonstra que a atividade do intérprete é uma que não se caracteriza como um ato de descrição de significado previamente dado, mas como um ato de decisão que participa da constituição do sentido do texto. Essa parece ser a teoria mais adequada, tendo em vista que, conforme se constatou, o processo de interpretação envolve processos discursivos que envolvem atividades que são preparatórias à interpretação, fatores que condicionam a interpretação, fatores que influenciam na interpretação e argumentos que participam da justificação da interpretação, além da necessidade de interpretação de atos, fatos, finalidades e efeitos. Isso não significa, no entanto, que o intérprete é livre para atribuir qualquer significado, pois estará limitado pelos núcleos de significação do texto. Nesse sentido, o ato de interpretar mistura atos de conhecimento e de vontade, abrangendo a escolha de um significado dentre vários admitidos pelo texto.

- *Em quê medida a interpretação jurídica exige justificação das decisões judiciais?* (ou, qual o grau de importância e de exigência da justificação das decisões judiciais?)

Dado que Estado Constitucional é um Estado que se justifica, quando se compreende que o direito não é um objeto pronto, mas é uma prática argumentativa que depende do processo de interpretação e que esse, por sua vez, demanda decisões e escolhas por parte do intérprete, percebe-se uma correlata elevação do grau de justificação judicial, que passa a ser o modo de demonstrar a racionalidade da decisão, fundamento necessário de legitimação da intervenção estatal na esfera jurídica das pessoas. O discurso justificativo passa a ser o elemento de diferenciação e legitimação das decisões judiciais. O processo de justificação

conta como uma linha argumentativa e uma linha lógica, a justificação será racional se justificar as premissas normativas e fáticas (justificação externa) e o nexos de lógico entre premissas e conclusão (justificação interna).

- Qual a finalidade do processo civil no Estado Constitucional?

O Processualismo identificou a atuação da vontade concreta da lei como finalidade do processo civil e o Instrumentalismo identificou a atuação da vontade concreta do direito. Conforme concluímos, as finalidades para ambas as fases metodológicas do processo civil estão baseadas numa concepção estatalista e publicista do processo que tem, no fundo, uma ligação com uma visão formalista do direito e da interpretação jurídica. Quando, ao contrário, admite-se que o Estado Constitucional tem fundamento da dignidade da pessoa humana, sendo, pois, a pessoa o limite e fundamento do Estado, passa-se a considerar a tutela dos direitos como fim do processo civil. Quando se percebe, outrossim, que a justificação da decisão judicial reduz a indeterminabilidade do direito na sua aplicação ao caso concreto, percebe-se que justificação da decisão abre oportunidade para a estruturação de dois discursos aptos a prestar tutela dos direitos em duas dimensões: em perspectiva particular (resolvendo o caso com justiça) e em perspectiva geral (criando ambiente mais isonômico, por meio da igualdade de resultados, e proporcionando um ambiente mais seguro para o desenvolvimento da vida social).

- De que modo a justificação da decisão judicial pode colaborar para proporcionar a promoção da tutela dos direitos no Estado Constitucional?

Considerando que no processo a interpretação existe para a aplicação do direito, a justificação da decisão judicial abre oportunidade para colaborar com a tutela dos direitos numa perspectiva particular, mediante a construção do discurso voltado à prolação de uma decisão justa. Esse é o discurso da motivação, que deve ser apto a dar conta das exigências de uma justificação no quadro de uma concepção argumentativa do direito. Nesse sentido, a motivação deve estruturar num discurso justificativo que dê conta: da identificação da norma aplicável; da verificação das alegações de fato; da qualificação jurídica do suporte fático; das consequências jurídicas da qualificação do suporte fático; do contexto de nexos de implicação e coerência entre tais enunciados; da justificação dos enunciados com base em critérios que demonstrem que as escolhas do juiz foram racionalmente corretas - critérios que correspondem às exigências de justificação externa. O discurso, ademais, deve ser racional e coerente, respondendo à exigência de justificação interna. Além de tudo isso a motivação só

será capaz possibilitar a formação de uma decisão justa se der conta também da justa estruturação do processo.

Mas, considerando que no processo de interpretação para aplicação a justificação exerce uma função de redução da indeterminabilidade do direito, tem-se que abre-se a oportunidade para dar tutela aos direitos numa perspectiva geral, mediante a construção de outro discurso, voltado a colaborar para promover de um lado, um tratamento isonômico das pessoas com a igualdade de resultados da interpretação e, de outro, um ambiente mais seguro para o desenvolvimento da vida social. Esse é o discurso do precedente, que atua mediante uma linguagem e técnicas diferentes da motivação. O discurso do precedente exige uma teoria que dê conta de encontrar, na justificação, as razões determinantes para a resolução de uma questão jurídica debatida no processo (*ratio decidendi*), que dê conta da sua correta aplicação (semelhança entre casos e *distinguishing*) e que permita, finalmente, a estruturação de técnicas de modificação e superação do precedente, sempre se protegendo a posição jurídica daqueles que praticaram atos confiando no precedente vigente à época do ato de disposição.

Juntos, concluímos, esses dois discursos têm a capacidade de colaborar para a promoção da tutela dos direitos de forma *integral* no Estado Constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AARNIO, Aulis. *The Rational as Resonable – A Treatise on Legal Justification*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica – A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. v. I, São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Do Formalismo no Processo Civil – proposta de um formalismo-valorativo*. 3a ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. “A Semelhança no Dissídio Jurisprudencial”. In: Adroaldo Furtado Fabrício (org.). *Meios de Impugnação ao Julgado Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. “O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais”. In: DIDIER JR., Fredie. *Leituras Complementares de Processo Civil*. 6a ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2008.

AMODIO, Ennio. “L'Obbligo costituzionale di motivazione e l'istituto della giuria (a proposito di un recente contributo dottrinale)”. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1970.

ANDREWS, Neil. “Decisões judiciais e o dever de fundamentar”. In: *Revista de Processo*. n. 192. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ATIENZA, Manuel. *El Derecho como Argumentación*. Barcelona: Ariel, 2012.

_____. *As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica*. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy Editora, 2002.

ATIYAH, P. S.; SUMMERS, Robert. *Form and Substance in Anglo-American Law: a comparative study of legal reasoning, legal theory and legal institutions*. Oxford: Clarendon Press (1987), Reprinted 2002.

ÁVILA, Humberto. “Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo”. *Revista de Direito Tributário Atual*. n. 29. São Paulo: Dialética, 2013.

_____. “Subsunção e concreção na aplicação do direito”. In: *Faculdade de Direito: o ensino jurídico no limiar do novo século*. Antonio Paulo Cachapuz Medeiros (org.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 413.

_____. “Interpretación de las Leyes”. In: *Beccaria 250 Años Después – Dei Delitti e Delle Pene*. Montevideo: BdeF, 2011.

_____. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14a ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Segurança Jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. “Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. v. 19, março 2001.

_____. “Teoria dell'argomentazione giuridica”. In: Riccardo Guastini; Paolo Comanducci (orgs.). *Analisi e Diritto 2012*. Madri: Marcial Pons, 2012.

_____. *Teoria da Igualdade Tributária*. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. “Precedent in the United Kingdom”. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (orgs.). *Interpreting*

Precedents - A Comparative Study. Aldershot: Dartmouth, 1997.

_____ ; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; RUIZ MIGUEL, Alfonso. “Rationales for precedent”. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (orgs.). *Interpreting Precedents – A Comparative Study*. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. 2a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. 2a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. “Fundamentação das sentenças como garantia constitucional”. In: *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito”. In: *Temas de Direito Processual - Segunda Série*. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BAYLES, Michael D.. *Procedural Justice – Allocating to individuals*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1990.

BENDITT, Theodore M.. “The rule of precedent”. In: GOLDSTEIN, Laurence (org.). *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

BERTEA, Stefano. *Certeza del Diritto e Argomentazione Giuridica*. Rubbenttino, 2002.

BRADNEY, Anthony; COWNIE, Fiona. *English Legal System in Context*. London: Butterworths, 1996.

BUZAID, Alfredo. “Prefácio às Instituições de Direito Processual Civil, de Chiovenda”. *Grandes Processualistas*. São Paulo: Saraiva: 1982.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. Márcio

Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. “Scienza del Diritto e Analisi del Linguaggio”. In: *Diritto e Analisi del Linguaggio*. Milano: Edizioni di Comunità, 1976.

BURRUS, Bernie R. “American Legal Realism”. In: *Howard Law Journal*, v. 36, 1962.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

CABRAL, Antônio do Passo. “Imparcialidade e imparcialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processo civil e penal”. In: *Revista de Processo*. v. 149. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CALAMANDREI, Piero. “Istituzione di Diritto Processuale Civile”. In: CAPPELLETTI, Mauro (org.). *Opere Giuridiche*. v. IV, Napoli: Morano Editore, 1965.

_____. “Il giudice e lo storico”. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. v. XVI. Padova: Cedam, 1939.

CALOGERO, Guido. *La Logica del Giudice e il suo Controllo in Cassazione*. Padova: Cedam, 1937.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7a ed. Coimbra: Almedina.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

_____.; VIGORITTI, Vincenzo. “Fundamental guarantees of the litigants in civil proceedings: Italy”. In: CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis (orgs.). *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*. Milano: Giuffrè, 1973.

CARRÉ DE MALBERG, R. *Contribution à la Théorie Générale de l'État*. Tome Premier, Paris: C. N. R. S., 1920.

CASTANHEIRA NEVES, António. *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. v. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

_____. *O Instituto dos “Assentos” e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: 1983.

CHIARLONI, Sergio. “Efficacia del precedente giudiziario e tipologia dei contrasti di giurisprudenza”. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n. 1, Milano: Giuffrè, 1989.

CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'Interpretazione Giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007.

_____. *La Giurisprudenza Civile: metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. Milano: Giuffrè, 1999.

_____. “The philosophy of precedent: conceptual analysis and rational reconstruction”. In: BUSTAMANTE, Thomas; PULIDO, Carlos Bernal (orgs.). *On the Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009*. v. III. Stuttgart: Franz Steiner, 2012.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. v. II, São Paulo: Saraiva, 1969.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. Trad. J. Guimarães Menegale. v. III, São Paulo: Saraiva, 1969.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17a ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CORTÊS, António. “Fundamentos e limites da argumentação jurídica: uma reflexão sobre o direito e a justiça”. In: DIAS, Jorge de Figueiredo; GOMES CANOTILHO, J. J.; COSTA,

José Faria (orgs.). *Ars Iudicandi: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Coimbra: Coimbra, 2008.

COWNIE, Fiona; BRADNEY, Anthony. *English Legal System in Context*. London: Butterworths, 1996.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law* (1991). 4a ed. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 28.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A Motivação da Sentença no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. “Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial”. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coords.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (org.). *Processo Civil – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 12a ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

_____; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; *Teoria Geral do Processo*. 17a ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____; “A formação do moderno processo civil brasileiro (uma homenagem a Enrico Tullio Liebman)”. In: *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4a ed. t. I, São Paulo: Malheiros, 2001.

DIKOV, Grigoriy; VITKAUSKAS, Dovydas. *Protecting the Right to a Fair Trial under the European Convention on Human Rights – Council of Europe human rights handbooks*. Strasbourg: Council of Europe, 2012.

DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008.

EISENBERG, Melvin A. *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

EVANGELISTA, Stefano. “Motivazione della sentença civile”. In: *Enciclopedia del Diritto*. v. 37. Milano: Giuffrè, 1977.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*. Trad. Flávio Paulo Meurer, 10 ed., Petrópolis: Vozes, 2008.

GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

GASCÓN, Marina. “Rationality and (self) precedent: brief considerations concerning the grounding and implications of the rule of self precedent”. In: BUSTAMANTE, Thomas; PULIDO, Carlos Bernal (orgs.). *On the Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009*. v. III. Stuttgart: Franz Steiner, 2012.

GENY, François. *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Positif*. Tome Premier. 2 ed., Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1919.

GODDING, Phillipe. “Jurisprudence et motivation des sentences, du Moyen Âge à la fin du 18e siècle”. In: PERELMAN, Chaïm; FORIERS, P. (orgs.). *La Motivation des Décisions de Justice*. Bruxelles: Établissements Émile Bruylant, 1978.

GÓMEZ, Maria Isabel Garrido. “La predecibilidad de las decisiones judiciales”. In: *Revista Ius et Praxis* [on-line]. n. 1, 2009. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19711346003>. Data da consulta: 08.03.2014.

GOODHART, Arthur L. “Determining the ratio decidendi of a case”. In: *Yale Law Journal*, v. XL, 1930.

_____. “The ratio decidendi of a case”. In: *The Modern Law Review*. v. 22, 1959.

_____. *Precedent in English and Continental Law*. London: Stevens and Sons, Limited, 1934.

GRAU, Eros Roberto. *Por Que Tenho Medo dos Juizes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 17a ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.

FULLER, Lon. “Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart”. In: *Harvard Law Review*, v. 71, 1958.

HARRIS, J. W.; CROSS, Rupert. *Precedent in English Law* (1991). 4a ed. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 28.

HART, Herbert. *The Concept of Law*. (1961) 2a ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.

HOLMES, O. W. “The Path of the Law”. In: *Harvard Law Review*. v. X, n. 8, 1897.

ITURRALDE, Victoria. “Precedent as subject of interpretation (a civil law perspective)”. In: BUSTAMANTE, Thomas; PULIDO, Carlos Bernal (orgs.). *On the Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009*. v. III. Stuttgart: Franz Steiner, 2012.

JOLOWICZ, J. A. “Fundamental guarantees in civil litigation: England”. In: CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis (orgs.). *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*. Milano: Giuffrè, 1973.

JURATOWITCH, Ben. *Retroactivity and the Common Law*. Oxford: Hart Publishing, 2008.

KANTOROWICZ, Hermann. “Some Rationalism About Realism”. In: *Yale Law Journal*, v. 43, 1933-1934.

KNIJNIK, Danilo. *O Recurso Especial e a Revisão da Questão de Fato Pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 6a ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

LANES, Júlio Cesar Goulart. *A Inseparabilidade das Questões de Fato e de Direito e o Modelo de Processo Civil Cooperativo*. Tese de Doutorado apresentada e aprovada na PUCRS, 2013. Orientadores: José Maria da Rosa Tescheiner; Daniel Mitidiero.

LEITER, Brian. “American Legal Realism”. In: *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*. Malden: Blackwell Publishing, 2005.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do Executado*. 2a ed. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1968.

_____. *Processo de Execução*. 2a ed., São Paulo: Saraiva, 1963.

_____. “Do arbítrio à razão: reflexões sobre a motivação da sentença”. Trad.: Tereza Celina de Arruda Alvim. In: *Revista de Processo*. n. 29. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

LLEWELLYN, K. N. “Some Realism About Realism – Responding to Dean Pound”. In: *Harvard Law Review*, v. 44, 1930-1931.

_____. “What Law is About”. In: *The Bramble Bush: the classic lectures in the law and law schools* (1930). New York: Oxford University Press, 2008.

LUZZATI, Claudio. *La Vaghezza delle Norme: un'analisi del linguaggio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1990.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação Jurídica e Teoria do Direito*. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Rhetoric and the Rule of Law – A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

_____. “Why cases have rationes and what these are”. In: GOLDSTEIN, Laurence (org.). *Precedent in Law*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

_____; BANKOWSKI, Zenon; MARSHALL, Geoffrey. “Precedent in the United Kingdom”. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (orgs.). *Interpreting Precedents - A Comparative Study*. Aldershot: Dartmouth, 1991.

_____; BANKOWSKI, Zenon; MORAWSKI, Lech; RUIZ MIGUEL, Alfonso. “Rationales for precedent”. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (orgs.). *Interpreting Precedents – A Comparative Study*. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997.

_____. “The significance of precedent”. In: *Acta Juridica*, 1998, Juta & Co. Ltd, 1998.

MACHADO, Fábio Cardoso. *Jurisdição, Condenação e Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MANCUSO, Fulvio. “Per la storia della motivazione della sentenza nei secoli XVI-XVIII (Note in margine a studi recenti con il testo di una sentenza del 1299)”. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, Marzo, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Precedentes Obrigatórios*. 2a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Tutela Inibitória – individual e coletiva*. 5a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. SARLET, Ingo; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *O STJ Enquanto Corte de Precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARMOR, Andrei. *Law in the Age of Pluralism*. New York: Oxford University Press, 2007.

MARSHALL, Geoffrey; BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil. “Precedent in the United Kingdom”. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (orgs.). *Interpreting Precedents - A Comparative Study*. Aldershot: Dartmouth, 1991.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MERRYMAN, John Henry. *The Civil Law Tradition*. Stanford: Stanford University Press, 1981.

MICHELI, Gian Antonio. *Contributo allo Studio della Formazione Giudiziale del Diritto: 'case law' e 'stare decisis'*. Pavia, 1938.

MICHELON JR., Cláudio Fortunato. *Aceitação e Objetividade: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Curso de Processo Civil*. v. I, São Paulo: Atlas, 2010.

- _____. *Colaboração no Processo Civil*. 2a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. “O Processualismo e a Formação do Código Buzaid”. In: *Revista de Processo*, n. 183, maio/2010, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- _____. “As relações entre o processo civil e a Constituição na primeira metade do século XX e a sua breve evolução na doutrina processual civil brasileira”. In: *Revista dos Tribunais*, v. 915, janeiro de 2012, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- _____. SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- _____. “Fundamentação e Precedente – Dois Discursos a Partir da Decisão Judicial”. In: *Revista de Processo*, n. 206, São Paulo, 2012.
- _____. “Direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, tutelas jurisdicionais diferenciadas e multa processual para o cumprimento das obrigações de pagar quantia”. In: *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MONTROSE, J. L. “Bentham”. In: *Nothern Ireland Legal Quarterly*, v. 28, 1948-1950.
- MORAWSKI, Lech; MACCORMICK, Neil; BANKOWSKI, Zenon;; RUIZ MIGUEL, Alfonso. “Rationales for precedent”. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (orgs.). *Interpreting Precedents – A Comparative Study*. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997.
- MURPHY, J. David; RUETER, Robert. *Stare Decisis in Commonwealth Appellate Courts*. Toronto: Butterworths, 1981.
- NALBALDIAN, Elise G. “Early Legal Positivism: Bentham & Austin”. In: *Mizan Law Review*. v. 2, n° 1, jan. 2008.
- OLIPHANT, Herman. “Return to Stare Decisis”. In: *The American Law School Review*, v. 6, 1926-1930.

ORESTANO, Riccardo. “Azione. I – L'azione in generale: a) storia del problema”. In: *Enciclopedia del Diritto*. v. IV, Milano: Giuffrè, 1959.

PECZENIK, Aleksander. *The Basis of Legal Justification*. Lund, 1983.

_____. “The binding force of precedent”. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (orgs.). *Interpreting Precedents – A Comparative Study*. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. 2a ed., São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. t. I, Rio de Janeiro: Forense, 1974.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 22a ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

ROCCO, Alfredo. *La Sentenza Civile. Studi*. Torino; Fratello Bocca Editori, 1906.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos Precedentes Judiciais – racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.

RUETER, Robert; MURPHY, J. David. *Stare Decisis in Commonwealth Appellate Courts*. Toronto: Butterworths, 1981.

RUIZ MIGUEL, Alfonso; MORAWSKI, Lech; MACCORMICK, Neil; BANKOWSKI, Zenon; “Rationales for precedent”. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (orgs.). *Interpreting Precedents – A Comparative Study*. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997.

SATTA, Salvatore. “Diritto Processuale Civile”. In: *Enciclopedia del Diritto*. v. XII, Milano:

Giuffrè, 1964.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *La Vocazione del Nostro Secolo per la Legislazione e la Giurisprudenza*. Verona; Libreria alla Minerva Editrice, 1857.

SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 1997.

SCHAUER, Frederick. "Legal Realism Untamed". *In: Texas Law Review*, v. 91, 2012-2013.

_____. "A Critical Guide to Vehicles in the Park". *In: New York University Law Review*, v. 83, 2008.

_____. "Formalism". *In: The Yale Law Journal*, v. 97, 1988.

_____. *Thinking Like a Lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

_____. "The generality of law". *In: West Virginia Law Review*. v. 107, 2004-2005.

SCOFIELD, Robert G. "Goodhart's concession: defending ratio decidendi from logical positivism and legal realism in the first half of the twentieth century". *In: The King's College Law Journal*, v. 16, 2005.

SILTALA, Raimo. *A Theory of Precedent: From Analytical Positivism to a Post-analytical Philosophy of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2000.

SILVA, Ana de Lourdes Coutinho. *Motivação das Decisões Judiciais*. São Paulo: Atlas, 2012.

SIMPSON, A. W. B. "The *Ratio Decidendi* of a Case and the Doctrine of Binding Precedent". *In: Oxford Essays in Jurisprudence* (1961). Oxford: Clarendon Press, 1968.

SMITH, T. B. *The Doctrines of Judicial Precedent in Scots Law*. Edinburgh: W. Green & Son Ltd., 1952.

STEIN, Ernildo. “Não Podemos Dizer a Mesma Coisa com Outras Palavras”. In: *Miguel Reale: estudos em homenagem aos seus 90 anos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

STONE, Julius. *Legal System and Lawyers' Reasonings*. London: Stevens and Sons Limited, 1964.

SUMMERS, Robert; ATIYAH, P. S. *Form and Substance in Anglo-American Law: a comparative study of legal reasoning, legal theory and legal institutions*. Oxford: Clarendon Press (1987), Reprinted 2002.

TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè, 1980.

_____. *Il Realismo Giuridico Americano*. Milano: Giuffrè, 1962.

TARUFFO, Michele. *La Giustizia Civile in Italia dal '700 a Oggi*. Bologna: Il Mulino, 1980.

_____. *La Motivazione della Sentenza Civile*. Padova: Cedam, 1975.

_____. “Il Significato Costituzionale dell'Obbligo di Motivazione”. In: GRIONOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (orgs.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais 1988.

_____. “La Corte di Cassazione e la legge”. In: *Il Vertice Ambiguo - Saggi sulla Cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991.

_____. “L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo”. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam, 1974.

_____. “Idee per una teoria della decisione giusta”. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. n. 2. Milano: Giuffrè, 1997.

_____. *La Prova dei Fatti Giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.

_____. *Uma Simples Verdade: o juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

_____. “Dimensioni del precedente giudiziario”. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. n. 2. Milano: Giuffrè, 1994.

_____. *Precedente e Giurisprudenza*. Editoriale Scientifica, 2007.

TROCKER, Nicolò. *Pocesso Civile e Costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VIGORITTI, Vincenzo; CAPPELLETTI, Mauro. “Fundamental guarantees of the litigants in civil proceedings: Italy”. In: CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis (orgs.). *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*. Milano: Giuffrè, 1973.

VILLA, Vittorio. *Una Teoria Pragmaticamente Orientata dell'Interpretazione Giuridica*. Torino: Giappichelli Editore, 2012.

VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e Interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Bari: Editori Laterza, 1999.

VITKAUSKAS, Dovydas; DIKOV, Grigoriy. *Protecting the Right to a Fair Trial under the European Convention on Human Rights – Council of Europe human rights handbooks*. Strasbourg: Council of Europe, 2012.

ZACCARIA, Giuseppe; VIOLA, Francesco. *Diritto e Interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Bari: Editori Laterza, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil – ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1997.

ZENDER, Michael. *The Law-Making Process*. Sixth Edition. Cambridge: Cambridge

University Press, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão Judicial e Embargos de Declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WASSERSTROM, Richard A. *The Judicial Decision: toward a theory of legal justification*. Stanford: Stanford University Press, 1961.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 4a ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Síntese de uma História das Idéias Jurídicas: da antiguidade à modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. “L'interprétation en droit: théorie et idéologie”. In: *Archives de Philosophie du Droit*, n. 17, 1972.

_____. “Sentido” y “Hecho” en el Derecho. Trad. Francisco Ezquiaga. San Sebastián: Universidade del País Vasco, 1989.

_____. *The Judicial Application of Law*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1992.