

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

OTÁVIO AUGUSTO DAL MOLIN DOMIT

INTERPRETANDO DECISÕES E PRECEDENTES:
proposta de uma abordagem antiformalista moderada sobre a interpretação das
decisões judiciais aplicada à metodologia dos precedentes

PORTO ALEGRE

2018

OTÁVIO AUGUSTO DAL MOLIN DOMIT

**INTERPRETANDO DECISÕES E PRECEDENTES:
proposta de uma abordagem antiformalista moderada sobre a interpretação das
decisões judiciais aplicada à metodologia dos precedentes**

Tese 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 Doutor em Direito.

Orientador: Professor Doutor Daniel Mitidiero

Porto Alegre

2018

OTÁVIO AUGUSTO DAL MOLIN DOMIT

**INTERPRETANDO DECISÕES E PRECEDENTES:
proposta de uma abordagem antiformalista moderada sobre a interpretação das
decisões judiciais aplicada à metodologia dos precedentes**

Tese 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 Doutor em Direito.

BANCA EXAMINADORA:

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

Professor Doutor examinador

Conceito: _____

Porto Alegre, ____ de _____ de 2018.

AGRADECIMENTOS

As dívidas de gratidão contraídas ao longo de uma empreitada tão exigente como a de um curso de doutorado são muitas. Devemos mais a quem mais amamos, já que é dos mais próximos que parecemos ficar mais longes durante as centenas de horas investidas em aulas, seminários, leituras e elaboração de trabalhos e da tese. Tudo vale a pena e seria feito novamente, mas é preciso agradecer o enorme suporte e incentivo recebido, imprescindível para chegar à conclusão. Algumas simples linhas escritas em papel não quitariam jamais essas dívidas de gratidão, mas não há outra forma de tentar fazê-lo.

Agradeço primeiro a quem mais devo. À Ana Luiza, minha *peque*, minha maior credora, nunca vou conseguir agradecer o suficiente por teres (me) suportado integralmente, de todas as maneiras possíveis e impossíveis, durante todos os momentos, na rotina e nas horas extraordinárias, (n) o percurso do doutorado. Essa jornada envolvente e exigente foi muito mais leve e prazerosa por te ter ao meu lado, em todas as horas e em todos os lugares, e reafirmou a convicção de que a minha (a nossa) casa é em qualquer lugar em que nós estejamos juntos.

Amorosamente, à minha família de sangue: meus pais, Luis Bernardo e Lissara; meu irmão, Alexandre, e minha cunhada, Renata; meus avós, Lino e Jussara; e a todos os meus tios e primos, especialmente ao meu afilhado, Lucas. À minha família agregada e que se tornou também minha família de coração: Carmen, Vicente e Ana Paula; Fernando; tios e primos. E aos meus muitos e muito queridos amigos, minha família por escolha. Sem o fundamental apoio e compreensão de todos vocês em todos os momentos e sobre as muitas horas roubadas à nossa convivência, a concretização dessa importantíssima etapa teria sido muito mais desgastante e difícil.

De maneira muito especial, ao Prof. Dr. Daniel Mitidiero, meu orientador, professor e querido amigo, com quem tenho a sorte e alegria de ter um intenso convívio e diálogo há mais de 12 anos e que sempre foi e segue sendo uma mão firme e afável, verdadeiramente orientadora, durante toda a minha trajetória acadêmica e especialmente durante o curso de doutorado.

Aos Profs. Drs. Cláudio Ari Mello, Klaus Koplín e Sérgio Mattos, que realizaram o exame de qualificação da tese e, além de terem feito críticas e sugestões muito valiosas e que permitiram calibrar de maneira importante o foco de abordagem, deram-me a confiança necessária para a conclusão do trabalho.

Aos colegas e amigos que o processo civil me trouxe e que, nos nossos muitos encontros e instigantes debates, tornam o dia a dia de estudo ainda mais alegre e recompensador: Artur Carpes, Otávio Motta, Paulo Mendes, Rafael Abreu, Ronaldo Kochem e Vitor de Paula Ramos. Ao Otávio Motta agradeço especialmente pela leitura e comentários de parte do trabalho e sugestões para sua melhoria.

Agradeço ainda aos demais colegas de jornada do curso de mestrado e doutorado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul: Alexandre Marder, Augusto Tanger Jardim, João Máximo, Leonardo Abreu, Luiz Felipe Kircher e Valternei Melo.

Também, às sempre prestativas servidoras e funcionárias do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, especialmente à Rose e à Denise, pelo suporte em todas as providências administrativas.

Muito sinceramente, por fim, aos queridos amigos e colegas, advogados, estagiários e funcionários, de Souto, Correa, Cesa, Lummertz & Amaral Advogados, que sempre de maneira muito compreensiva não hesitaram em aceitar atividades adicionais à suas já intensas rotinas para suprir os meus momentos de ausência e deram-me apoio e suporte das mais variadas maneiras, o que foi imprescindível para a conclusão dessa etapa. Entre os muitos colegas com quem tenho a fortuna de conviver, aproveito para agradecer especialmente ao Prof. Dr. Cláudio Michelin, pela acolhida na Universidade de Edimburgo e pelas semanas de muitos proveitosos diálogos e convivência; e ao Ronaldo Kochem, pela leitura de partes do trabalho e sugestões para sua melhoria, além das conversas semanais sobre temas ligados à tese.

“... ‘*and what is the use of a book*’, thought Alice, ‘*without pictures or conversations*?’” (Lewis Carrol, *Alice’s Adventures in Wonderland*, p. 1).

“Theoretical concepts, or more generally, the general discipline of law, belong to the toolbox of every lawyer. Even the most practical lawyer has to utilize the basic concepts of law in their work. Nobody can resolve a problem of damages without utilizing the concepts of causality or adequacy. Thus, if one evicts theoretical concepts via the front door, then in no time they sneak back in through the kitchen entrance. Jurisdiction without theory does not exist.” (Aulis Aarnio, *The systematization and interpretation of statutes*, p. 10).

“Todos procuramos criar algo, mas dependemos todos do que já foi criado antes” (Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, vol. 1, p. 28).

“Mostrar um problema não equivale a criá-lo, nem ocultá-lo significa eliminá-lo” (Humberto Ávila, *Função da ciência do direito tributário*, p. 196).

“L’interpretazione costituisce il banco di prova del giurista” (Pierluigi Chiassoni, *Tecnica dell’interpretazione giuridica*, p. 9).

RESUMO

Trabalhando sobre as bases do paradigma metodológico atual do processo civil brasileiro, a presente tese propõe uma abordagem antiformalista moderada sobre a interpretação das decisões judiciais e aplica-a para reconstruir a faceta metodológica da teoria dos precedentes judiciais no contexto do direito brasileiro. A tese central alvitrada está em que as decisões judiciais, em geral, sofrem de um problema de tríplice indeterminação (limitada potencialidade normativa, equivocidade e vagueza), que se apresenta em três dimensões (respectivamente, nos percursos que vão do texto decisório ao enunciado normativo; do enunciado normativo, à norma; e da norma ao caso) e que pode ser minimizado por meio da interpretação. A tese específica está em que os principais problemas metodológicos de que se ressentem a teoria tradicional dos precedentes judiciais decorrem dessa tríplice indeterminação e podem ser melhor compreendidos e encaminhados, especialmente no contexto brasileiro, por meio da reconstrução de conceitos clássicos da teoria dos precedentes a partir de instrumentos metodológicos *lato sensu* interpretativos destinados à redução das causas de indeterminação da decisão-precedente fornecidos pela metodologia proposta para a interpretação das decisões judiciais.

Palavras-chave: interpretação da decisão judicial – interpretação do precedente – *ratio decidendi* – processo civil – teoria do direito – interpretação jurídica.

ABSTRACT

Working on the bases of the current methodological paradigm of the Brazilian civil procedural law, this thesis proposes a moderate anti-formalist theory of interpretation of judicial decisions and applies it in order to reconstruct the methodological facet of the theory of judicial precedents within the Brazilian legal framework. The central thesis proposed is that, generally, judicial decisions suffer from a problem of triple indetermination (limited normative potentiality, ambiguity and vagueness) which appears in three dimensions (respectively, on the way from the judicial decision to the normative provision; from the normative provision to the norm; and from the norm to the case) and that may be minimized by means of interpretation. The specific thesis is that the main methodological problems that the traditional theory of judicial precedents resents derive from this triple indetermination and may be better understood and approached, specially under the Brazilian context, by means of the reconstruction of the classical concepts of the theory of judicial precedents using interpretative methodological instruments intended to reduce the causes of indetermination of the precedent-decision provided the proposed methodology for the interpretation of judicial decisions.

Key Words: interpretation of judicial decisions – interpretation of judicial precedents – *ratio decidendi* – civil procedure – legal theory – legal interpretation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
PARTE I – A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E O PROCESSO CIVIL	16
1. Um Novo Paradigma para o Processo Civil Brasileiro	16
2. O Formalismo Epistemológico e o Processo Civil Brasileiro	20
2.1. Albores e vertentes do formalismo interpretativo	20
2.2. O formalismo epistemológico e o processualismo científico continental	25
2.3. O formalismo epistemológico e o processualismo científico brasileiro.....	32
3. A Superação do Formalismo Epistemológico no Processo Civil Brasileiro	35
3.1. A instrumentalidade e a superação do formalismo científico.....	35
3.2. A primeira reação ao formalismo interpretativo.....	38
3.3. A incorporação da teoria dos direitos fundamentais e da nova teoria das normas no discurso processual	43
4. A Consolidação de um Novo Paradigma Metodológico: a Teoria do Direito e a Abertura da Dogmática Processual para a Interpretação e Argumentação Jurídicas	53
PARTE II – A DECISÃO JUDICIAL COMO OBJETO DE INTERPRETAÇÃO	63
1. Tipos de Interpretação e Concepções sobre a Interpretação. A Interpretação como Atividade de Reconstrução de Significado. A Adscrição de Significado como Resultado da Interpretação	63
2. A Interpretação dos Documentos Normativos. A Decisão Judicial como Documento Normativo Sujeito à Interpretação.....	76
3. A Dupla Dimensão da Tutela Jurisdicional dos Direitos e a Dupla Perspectiva da Interpretação Normativa da Decisão Judicial. A Norma Geral e a Norma Individual como Produtos da Interpretação Normativa da Decisão Judicial.....	88
4. A Necessidade de Interpretação da Decisão Judicial. A Indeterminação do Texto Decisório e a Confluência de Elementos Extratextuais sobre o Significado da Decisão Judicial	98

5. O Problema da Tríplice Indeterminação das Decisões Judiciais. Os Três Percursos Interpretativos para a Redução dos Fatores de Indeterminação	106
6. Interpretação da Decisão Judicial, Coisa Julgada e Precedente. Passagem de uma Perspectiva Estática para uma Perspectiva Dinâmica da Segurança Jurídica pelo Processo.....	114
PARTE III – A INTERPRETAÇÃO DO PRECEDENTE.....	120
1. Quando uma Teoria dos Precedentes Torna-se Importante e Necessária?.....	120
2. O Precedente como Instrumento de Vinculação ao Direito e a Vigência da Regra do <i>Stare Decisis</i> no Processo Civil Brasileiro	127
3.1. A primeira causa de indeterminação: limitada potencialidade normativa das decisões. O primeiro percurso interpretativo: do texto decisório aos enunciados normativos da decisão (“rationes decidendi prima facie”).....	140
3.2. A segunda causa de indeterminação: equivocidade das razões selecionadas. O segundo percurso interpretativo: dos enunciados normativos (“rationes decidendi prima facie”) à norma do precedente (“ratio decidendi”).....	157
3.3. A terceira causa de indeterminação: vagueza da “ratio decidendi”. O terceiro percurso interpretativo: da norma (“ratio decidendi”) ao caso.....	162
CONCLUSÕES E TESES.....	167
BIBLIOGRAFIA.....	171

INTRODUÇÃO

Há quem possa imaginar que o tema do presente trabalho – a interpretação das decisões judiciais – revela, em verdade, um não-problema, por cogitar que uma sentença ou um acórdão (ou, de maneira ampliativa, uma qualquer decisão judicial) não sejam passíveis de interpretação. Afinal, pode-se pensar, o que fazem os juízes é justamente interpretar e aplicar o direito para resolver casos, guiando a sociedade sobre o seu significado, de modo que seria um paradoxo imaginar-se que a decisão judicial, que é *resultado* dessa *atividade* interpretativa, possa também ser *objeto* de interpretação.

Nada obstante eventual perplexidade inicial, esse é justamente o tema do presente trabalho.

A necessidade de interpretação da decisão judicial é questão que, embora talvez não seja intuitiva, é uma realidade. Isso pode ser comprovado a partir de algumas noções retiradas de algumas das mais importantes vertentes da teoria do direito, de trabalhos que identificam a existência de um gênero “documento normativo”, do qual são espécies, por exemplo, os dispositivos de lei, os dispositivos de regulamentos administrativos, as cláusulas de contratos privados e, igualmente, as decisões judiciais. Todas essas manifestações jurídicas autoritativas são expressões linguísticas textuais, e, como tais (mas não apenas por isso), estão *necessariamente* sujeitas à interpretação.

O novo direito processual civil positivo brasileiro igualmente demonstra a existência desse problema. Tanto assim que, por exemplo, atento para a sujeição da decisão à interpretação, prescreve no artigo 489, §3º, do Código de Processo Civil de 2015 que “a decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé”, estabelecendo, assim, uma importante *diretriz interpretativa* da decisão judicial.

Aliás, mesmo um olhar menos apegado a questões teóricas ou conceituais e estritamente prático sobre um tema clássico indica que a negação da possibilidade-necessidade de interpretação da decisão judicial, em verdade, não passa de uma mítica ilusão, com raízes que podem ser bem identificadas. Com efeito, não fosse a decisão passível de interpretação, então não teriam razão de ser muitos dos escritos acerca dos limites objetivos da coisa julgada, dedicados a uma das mais intrincadas e sensíveis problemáticas do processo civil, qual seja, a de identificar quais questões foram decididas pela sentença com força de coisa julgada, pergunta não raramente feita para avaliar e decidir se uma dada questão com a qual se lida no presente

está ou não abarcada pela coisa julgada passada. Trata-se de dúvida que não pode ser respondida sem a *interpretação* da sentença e que tende a se potencializar diante da nova prescrição do artigo 503, §1º, do Código de Processo Civil de 2015, que determina seja também abarcada pela coisa julgada a questão prejudicial decidida expressa e incidentalmente no processo, se presentes determinadas condições – o que também deverá ser objeto de interpretação.

Em especial, é a partir de uma percepção igualmente pragmática sobre um tema relativamente novo no direito brasileiro – a vinculação aos precedentes, possivelmente o mais importante tema do direito processual civil atual – que igualmente se comprova a pertinência do problema da interpretação da decisão. Embora suscite acalorados debates, a conclusão pela obrigatoriedade de seguir precedentes no Brasil é tanto uma tese já demonstrada pela doutrina mais atilada (como *meio* para propiciar a unidade do direito e, assim, garantir um ambiente jurídico seguro, capaz de promover algumas das mais importantes *finalidades* do nosso ordenamento, a liberdade e igualdade de todos), quanto uma regra reconhecidamente prescrita a partir também de normas que ressaem de específicas disposições do Código de Processo Civil de 2015, em especial do artigo 927. Surgem, no entanto, diversas dúvidas, certamente de alta indagação teórica, mas com caráter essencialmente prático, sobre *que* pode ser considerado o precedente, isto é, sobre como identificar quando uma decisão institui um precedente e qual é a norma geral prescrita pela corte e que deve obrigatoriamente ser seguida. A praxe dos tribunais superiores brasileiros tem demonstrado que os juízes dessas cortes de vértice têm se preocupado em enunciar *teses* resultantes dos julgados, de modo a dar conta dessa questão. Isso, porém, seja por que não esgota o problema, seja porque nem sempre é feito (ou nem sempre é feito de forma satisfatória), não elimina a questão, cuja resposta passa pela *interpretação* da decisão, passo necessário à obtenção do precedente.

Há fundadas razões, portanto, para enfrentar o tema da interpretação da decisão judicial, evidenciando que esse problema de fato existe e é diariamente vivenciado, que existem questões teóricas intrincadas que com ele se relacionam e, tão ou mais importante, que eventuais soluções propostas têm repercussões práticas muito importantes.

Daí porque, além de demonstrar que a interpretação da decisão judicial é um tema que merece melhor atenção, uma das principais preocupações do presente trabalho é tentar propor soluções teóricas que auxiliem a prática jurídica. É natural que, desvelada a existência de uma ampla gama de questões ligadas à interpretação da decisão, surjam diversas perguntas. Nem todas podem ser enfrentadas de uma vez e nem todas podem ser respondidas, de modo definitivo e absoluto. Mas ainda assim é oportuno encarar algumas dessas perguntas, procurar encaminhar

respostas e submetê-las à crítica. Dessa forma, a partir de uma abordagem de viés analítico, quer-se tanto investigar, com o rigor necessário, alguns dos principais *problemas* ligados ao tema da interpretação da decisão judicial, notadamente relacionado à denominada “interpretação do precedente”, como sugerir *soluções* ou, ao menos, direcionamentos para algumas importantes questões que a teoria e a prática apresentam. A intenção primordial é enriquecer o aparato metodológico disponível para oferecer instrumentos mais adequados a uma dupla finalidade: tanto guiar a atividade de interpretação das decisões, especialmente de decisões que dão origem a precedentes, e proporcionar a obtenção de resultados mais racionais e conscientes; quanto permitir a avaliação crítica e mais rigorosa sobre a forma como a interpretação das decisões, em especial a interpretação e aplicação de precedentes, é desenvolvida, em termos sobretudo de argumentação e resultado, tudo considerando primordialmente o contexto do direito brasileiro.

Com esse intuito, a análise será dividida em quatro partes. Na primeira parte, será evidenciado o contexto jurídico-cultural no qual a tese se insere. Na segunda parte, será examinado o objeto geral da tese – a decisão judicial como objeto de interpretação e a dupla dimensão dessa atividade-produto. Na terceira parte, o foco será colocado na interpretação da decisão judicial enquanto atividade que se direciona, em linhas gerais, à obtenção da norma geral que a partir dela pode ser adscrita como precedente vinculante. À guisa de conclusão, serão recolhidas e sumarizadas as principais propostas apresentadas relacionadas aos respectivos temas examinados.

Por fim, deve ser feito um esclarecimento de ordem metodológica. Nada obstante a ampla pesquisa realizada, a tese apresentada não se propõe a expor e explorar discursivamente, de modo exaustivo, a bibliografia disponível em relação aos respectivos temas tratados. Isso quer dizer que no mais das vezes não se utilizará um método de trabalho que se tornou bastante conhecido, consistente na sumarização da literatura relacionada a cada tema para, só então, eleger as posições que mais parecem adequadas e somente a partir daí construir as propostas apresentadas. Essa postura metodológica, embora apresente diversos pontos positivos, foi desde logo descartada não só porque resultaria em um trabalho de mais penosa leitura, assim em conteúdo como em quantidade de páginas, mas também – e isso parece ser o mais importante – dificultaria a identificação das ideias propostas com pretensão de originalidade, que são o cerne do trabalho. Tomou-se, assim, uma decisão de método: a tese parte de um arcabouço teórico formado a partir de linhas conceituais previamente selecionadas e não esconde essas opções, que estão bem definidas, explícita ou implicitamente. A tese, então, desenvolver-se-á

valendo-se da bibliografia disponível e que é utilizada com o principal objetivo de amparar e confrontar as propostas oferecidas, conforme, justificadamente, entendeu-se necessário e profícuo para a introdução e desenvolvimento dos argumentos apresentados.

PARTE I – A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E O PROCESSO CIVIL

1. Um Novo Paradigma para o Processo Civil Brasileiro

O termo “*formalismo*” costuma ser empregado para caracterizar várias formas de *reduccionismo*¹. Duas são particularmente de interesse.

De um lado, na concepção de ciência, fala-se em “*formalismo científico*” para identificar teorias que pregam ou praticam um conceito restrito de conhecimento, que exclui de seu objeto tudo aquilo que envolve valorações e escolhas. Na ciência jurídica, em especial, o formalismo científico revelou-se tão forte a ponto de consolidar-se a utilização da locução “ciência jurídica”, por antonomásia, para denotar uma particular concepção teórica que pressupõe um discurso puramente cognitivo sobre o direito – e, assim, descritivo, avalorativo e axiologicamente neutro, como conviria a todo discurso genuinamente científico e como se outra forma de “ciência jurídica”, com métodos próprios de um pensamento orientado para e por valores, não fosse possível².

De outro, na teoria do direito, usa-se a expressão “*formalismo interpretativo*” para fazer referência às vertentes teóricas que sustentam que a interpretação é uma atividade meramente cognitiva, de descoberta do “verdadeiro” e unívoco significado da norma, preexistente à interpretação. Daí porque muitos autores utilizam como sinônima a expressão

¹ A menção ao uso do termo “formalismo” para caracterizar várias formas de reduccionismo e a exemplificação com o “formalismo científico” e com o “formalismo interpretativo” são colhidas da obra de ÁVILA, HUMBERTO. *Ciência do direito tributário e discussão crítica*. Revista Direito Tributário Atual, nº 32. São Paulo: IBDT/Dialética, 2014, p. 177-178. Uma ampla abordagem sobre as diferentes concepções e usos do termo “formalismo” no ambiente jurídico pode ser conferida em TARELLO, GIOVANNI. *Formalismo giuridico*. In: ID., *Diritto, enunciati, usi – studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1974, p. 19-50; em SCHAUER, FREDERICK. *Formalism*. The Yale Law Journal, vol. 97, nº 4, 1988, p. 509-548; e em STONE, MARTIN. *Formalism*. In: COLEMAN, JULES; SCHAPIRO, SCOTT (orgs.). *The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 166-205.

² Essa é a concepção do paradigma científico empirista desenvolvida pelo Círculo de Viena (cf. ÁVILA, HUMBERTO. *Função da Ciência do Direito Tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo*. Revista Direito Tributário Atual, nº 29. São Paulo: IBDT/Dialética, 2013, p. 182) e que, no direito, encontrou uma de suas expressões mais conhecidas na obra de KELSEN, HANS [1881-1973]. *Teoria pura do direito*. [1934; 1960] 8ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2009 (cf. WEINBERG, OTA. *Introduction: Hans Kelsen as philosopher*. In: KELSEN, HANS. *Essays in legal and moral philosophy*. Dordrecht: D. Reidel, 1973, p. X-XI, “Kelsen, like Max Weber, champions the notion of a value-free science, a science which seizes and sets forth what is actual, without evaluating what it finds”). Trata-se de concepção que firmou raízes tão profundas no ambiente jurídico que continua a ser sustentada, enquanto postura própria do “cientista” do direito, mesmo por autores que recusam o formalismo interpretativo. Nesse sentido, defendendo uma noção de “ciência jurídica” com papel descritivo, embora partindo de um paradigma não-cognitivist da interpretação, e distinguindo a “ciência jurídica” da “doutrina” ou “dogmática jurídica, GUASTINI, RICCARDO. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 213-225; ID. *La sintassi del diritto*. Torino: Giappichelli, 2011, p. 439-450. Para uma crítica a essa concepção de ciência jurídica, VILLA, VITTORIO. *Una teoria pragmaticamente orientata dell’interpretazione*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 52-57.

“*cognitivismo* interpretativo” para aludir ao formalismo interpretativo, com isso querendo refletir a ideia de que a interpretação jurídica seria puramente uma atividade de conhecimento de um sentido ou pensamento dados, com caráter avalorativo, técnico, não criativo e neutro. Trata-se de postura que, em linhas gerais, reflete no campo da interpretação boa parte das premissas do formalismo científico: cuidar apenas dos elementos assumidos como intrínsecos à norma, que são ditos “descobertos” ou “extraídos” por meio da interpretação, deixando de lado qualquer elemento valorativo a cargo do intérprete ou que de qualquer modo seja extrínseco à norma³.

Nesse contexto de significação, estipulou-se a expressão “formalismo *epistemológico*” para, de maneira muito eloquente, caracterizar um paradigma de compreensão do direito que, em linhas gerais, “pressupõe um conceito muito restrito de conhecimento (conhecimento como juízo teórico de captação de uma realidade e não como juízo prático destinado a direcionar um estado de coisas) e um rol muito limitado de atividades (descritivas, mas não adscritivas e criativas)”⁴.

Pegando-se emprestada a expressão, pode-se dizer que a “ciência processual”, forjada pela *Prozeßrechtswissenschaft* alemã da metade final século XIX e pela *Scuola Storico-Dogmatica* italiana do início do século XX⁵, erigiu-se a partir das bases conceituais do formalismo epistemológico. Notadamente, no que agora mais interessa, sobre as bases do formalismo interpretativo⁶. Como bem já se disse, “por detrás das elaborações do

³ Para uma noção geral do formalismo interpretativo, entre os diversos autores que trabalham o tema, ver especialmente na doutrina italiana, além de Tarello (*op. cit.*, nota 1, *supra*), GUASTINI, RICCARDO. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 409-412; CHIASSONI, PIERLUIGI. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 143; VILLA, VITTORIO. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 75-85 (inclusive com uma análise crítica da utilização, em sinonímia, das expressões “*cognitivismo interpretativo*” e “*formalismo interpretativo*”). Na doutrina brasileira, ÁVILA, HUMBERTO. *Função da Ciência do Direito Tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo*, Revista Direito Tributário Atual, nº 29. São Paulo, IBDT/Dialética, 2013, p. 184-185; MITIDIERO, DANIEL. *Cortes superiores e cortes supremas*. [2013] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 16-17; ID. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. [2016] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 53-68. RICCARDO GUASTINI (*Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 409, nota 5) anota, com razão, ecoando observação de ENRICO DICIOTTI (*Verità e certezza nell'interpretazione*, Torino: Giappichelli, 1999, p. 78, nota 26), que existem formas de *cognitivismo* que nada têm de formalistas, citando como exemplo a obra de RONALD DWORKIN (que, de fato, trabalha a ideia de decisão “correta” à luz de perspectivas morais apreensíveis a partir da ideia de “*cognitivismo ético*”).

⁴ ÁVILA, HUMBERTO. *Função da Ciência do Direito Tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo*. Revista Direito Tributário Atual, nº 29. São Paulo, IBDT/Dialética, p. 196-197.

⁵ MITIDIERO, DANIEL. *Cortes superiores e cortes supremas*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 24.

⁶ É o que pioneiramente sustentou, embora com outro vocabulário (criticando o *dogmatismo* e o *racionalismo*), BAPTISTA DA SILVA, OVÍDIO ARAÚJO. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. [1996] 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 102; ID., *Processo e ideologia*. [2004] 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006, *passim* (em especial, por exemplo, p. 89, 93-94, 96, 98 e 114).

processualismo, pulsa, forte e vivamente, um coração formalista”⁷. Esse gene formalista, implantado na criação da ciência processual, foi transportado para o Brasil e marcou de maneira muito forte a concepção, estruturação e compreensão científica do nosso direito processual civil, cujas instituições foram erigidas – e, em larga escala, seguem sendo entendidas – a partir desses pressupostos teóricos.

Importantes movimentos doutrinários das últimas décadas proporcionaram, passo a passo, a liberação da ciência processual civil brasileira dos grilhões formalistas, com objeções claras e conscientes ao formalismo científico⁸. Também houve reações acertadas, mas um tanto quanto *intuitivas*, ao formalismo interpretativo⁹. Apenas muito recentemente, no entanto, a doutrina processual civil brasileira começou a aparelhar-se dos instrumentais teóricos mais atualizados e necessários, em termos de teoria do direito, para uma superação *consciente* e gnoseologicamente bem estruturada do formalismo interpretativo¹⁰. Resultado disso, dessas diversas *dimensões* da evolução dos estudos de processo civil, do reconhecimento de legados e incorporação de conquistas, assim como de sua análise crítica e proposição de soluções em prol do avanço da ciência processual, é a constatação de que hoje o processo civil brasileiro passa a

⁷ MOTTA, OTÁVIO VERDI. *Justificação da decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 105.

⁸ Marco da superação do formalismo científico no processo civil brasileiro é a obra de DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

⁹ Marcos da primeira reação com discurso direto atacando o formalismo interpretativo nos estudos de processo civil são as obras de BAPTISTA DA SILVA, OVÍDIO ARAÚJO. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. [1996] 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007; ID., *Processo e ideologia*. [2004] 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006. Marcos da reação ao formalismo científico e interpretativo no processo civil brasileiro, incorporando à ciência processual o discurso próprio do direito no Estado Constitucional, são as obras de ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. Revista da AJURIS, nº 87. Porto Alegre, 2002, p. 37-49; ID., *Do formalismo no processo civil*. [1997] 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010; e de MARINONI, LUIZ GUILHERME. *O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Gênesis Revista de Direito Processual Civil, nº 28. Curitiba: Gênesis, 2003, p. 298-338; ID., *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; ID., *Teoria geral do processo*. [2006] 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

¹⁰ Marco da incorporação de uma teoria da interpretação (de matriz analítica) atual e bem estruturada ao processo civil e de releitura da estrutura de funcionamento do poder judiciário a partir desse novo pressuposto são as obras de MITIDIERO, DANIEL. *Cortes superiores e cortes supremas*. [2013] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; e MARINONI, LUIZ GUILHERME. *O STJ enquanto corte de precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. Em termos mais abrangentes, propondo uma releitura dos principais institutos do processo civil brasileiro a partir desse novo marco metodológico, que definitivamente incorpora uma teoria da interpretação atual ao discurso do processo, MARINONI, LUIZ GUILHERME; ARENHART, SÉRGIO CRUZ; MITIDIERO, DANIEL. *Novo curso de processo civil*. Volumes 1, 2 e 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Também identificando a necessidade de *aggionamento* do repertório teórico do processualista para incorporar no seu objeto as conquistas recentes da teoria do direito, DIDIER JR., FREDIE. *Curso de direito processual civil*. Volume 1 [2003], 17ª edição, Salvador: JusPodivm, 2015 (em especial, p. 39-42), seguindo essa metodologia nesse primeiro volume de seu curso desde a 12ª edição, de 2010, já com indicação (embora sem maiores desenvolvimentos) do impacto de concepções da atualizada teoria da interpretação jurídica sobre as concepções da processualística. O autor atenta para o impacto dessa nova metodologia no primeiro e em todos os demais volumes do seu *Curso*, escritos em coautoria, já sob a égide do CPC-2015, com Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (volume 2), Leonardo Carneiro da Cunha (volume 3), Hermes Zaneti Jr. (volume 4) e Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira (volume 5).

ter condições de viver definitivamente uma *nova fase metodológica*. Esse novo paradigma, que inclusive em relação ao *formalismo-valorativo*¹¹ representa uma significativa evolução¹², é caracterizado pela colocação do *processo* como polo metodológico dos estudos de direito processual civil, pela incorporação da *teoria dos direitos fundamentais*, pela utilização dos instrumentos da *nova teoria das normas* e – aqui a novidade importante – pelo interesse consciente e estruturado da importância da *teoria da interpretação* para o significado do direito¹³. Esse último elemento, que apenas mais recentemente foi adicionado a essa soma, tem impulsionado de forma muito significativa a doutrina a rever criticamente a concepção de alguns dos principais institutos do processo e a descobrir novas nuances da ciência processual. É nessa nova fase metodológica, caracterizada pela definitiva incorporação do discurso da teoria da interpretação e argumentação jurídicas ao ferramental de trabalho do processualista, que se insere o presente trabalho.

Cumpre, assim, nessa primeira parte, à guisa tanto de explicitação do marco teórico do estudo, quanto de introdução de conceitos fundamentais para a análise das partes seguintes, examinar brevemente, sem nenhuma pretensão de exaustão, alguns dos principais capítulos da história de incorporação dos pressupostos do formalismo epistemológico na ciência do processo civil e da reação paulatina da doutrina para a extirpação desse gene, com enfoque no direito brasileiro, com o único objetivo de demonstrar, de maneira muito sintética, que a assunção das

¹¹ A indicação do formalismo-valorativo como fase metodológica contemporânea do processo civil brasileiro, atribuída sobretudo à obra de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, é feita, entre outros, por MITIDIERO, DANIEL. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 38-39; ZANETI JR, HERMES. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 44-45; por AMARAL, GUILHERME RIZZO. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 39-40; e por SÉRGIO LUÍS WETZEL DE. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 131-137. A identificação do formalismo-valorativo como uma *nova* fase metodológica do processo civil brasileiro, *posterior* ao instrumentalismo, porém, foi feita pela primeira vez por MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. [2009] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 41-53. O breve prenúncio de uma nova fase metodológica, que esboçava a superação do instrumentalismo (sem, contudo, indicar em termos mais detalhados as características centrais desse novo paradigma) havia antes sido feito por KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 66.

¹² Na última edição de sua obra (*Colaboração no processo civil*. [2009] 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 38-52, em especial p. 48-51), Daniel Mitidiero passou a indicar, de maneira crítica, problemas da expressão “formalismo-valorativo” – como antes já havia criticado também a expressão “neoprocessualismo” – para indicar uma fase metodológica posterior ao instrumentalismo. Propôs, então, a adoção da denominação “processo civil no Estado Constitucional” para o atual momento metodológico do processo civil brasileiro, que incorpora ao seu instrumental de trabalho, além da teoria dos direitos fundamentais e da nova teoria das normas, também as conquistas da teoria da interpretação. Parece, no entanto, igualmente insuficiente a expressão “processo civil no Estado Constitucional” para designar esse novo paradigma (como apontam ZANETI JR., HERMES; MADUREIRA, CLÁUDIO. *Formalismo-valorativo e o novo processo civil*. Revista de Processo, nº 272. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 85-125, em especial item 3).

¹³ MITIDIERO, DANIEL. *Colaboração no processo civil*. [2009] 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 50.

teses do formalismo epistemológico está nas bases da estruturação e da compreensão do direito processual civil científico brasileiro e que a influência de seus pressupostos, nada obstante se considere superado o formalismo enquanto *paradigma*, em grande medida ainda se faz sentir em termos menos óbvios¹⁴, por meio sobretudo do formalismo interpretativo, que ainda impera em larga escala. Isso tudo para evidenciar que a definitiva instalação da nova fase metodológica do processo civil brasileiro passa não só pela tomada de consciência desse DNA formalista, mas sobretudo pela definitiva incorporação, pelos estudos de processo civil, de uma teoria antiformalista da interpretação, a fim de propiciar uma renovação da ciência processual civil brasileira a partir desse novo paradigma buscado na teoria do direito (em especial, na teoria da interpretação).

2. O Formalismo Epistemológico e o Processo Civil Brasileiro

2.1. *Albores e vertentes do formalismo interpretativo*

Os séculos XVII e XVIII testemunharam o avanço de movimentos culturais e políticos destinados a proporcionar *certeza ao direito*. Sobre isso, são paradigmáticos os fenômenos de intervenção crescente do soberano para o controle das fontes normativas e limitação da autonomia dos tribunais. Tais acontecimentos – muito sentidos na França, mas que refletem uma tendência em grande medida homogênea em toda a Europa Continental – foram sustentados pela consolidação de doutrinas que passaram a teorizar, por exemplo, sobre a restrição do campo da *interpretatio* em benefício da maior abrangência da *lex* (“*in claris non fit interpretatio*”), sobre a hierarquização de normas com prevalência da fonte soberana (“*lex superior derogat legi inferiori*”, “*si veut le roi, si veut la loi*”) e sobre a natureza puramente mecânica da decisão judicial (“*juge bouche de la loi*”). A concentração das fontes normativas e a burocratização da atividade judicial foram, é certo, fenômenos de dominação e submissão do direito ao poder, mas tal se deu também como resposta a uma crescente exigência social de *segurança jurídica* do período moderno, necessidade que deu azo à teorização de um direito certo, cognoscível e previsível¹⁵. Estabeleceram-se, assim, as condições para o

¹⁴ Na esteira de Ovídio Araújo Baptista da Silva (*Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. [1996] 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 114 e 187), pode-se dizer que “aqui, talvez de forma mais dramática do que em outros setores, verifica-se aquele fenômeno a que temos feito referência, do desaparecimento da causa com permanência do efeito por ela produzido”.

¹⁵ TARELLO, GIOVANNI. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 68-69. Para um exame mais detalhado do ambiente cultural desse período e de seu impacto na formação do pensamento jurídico moderno, consultar também, inclusive para ulteriores referências bibliográficas, VILLEY, MICHEL. *A formação*

desenvolvimento pleno, no século XIX, das correntes teóricas que consolidaram os ideais da *interpretação formalista* e da *aplicação logicista* do direito, “duas marcas do pensamento jurídico oitocentista”¹⁶.

O formalismo interpretativo, portanto, não chega a ser uma criação do pensamento jurídico dos Oitocentos¹⁷, embora tenha nesse período encontrado as suas expressões mais puras¹⁸. Em verdade, analisando-se de modo mais detalhado a cultura jurídica ocidental em um período que, grosso modo, vai do século XVII ao século XIX, é possível traçar um mapa das diversas posições formalistas e agrupá-las em duas famílias. De um lado, correntes formalistas *voluntaristas*, que deram sustentação, por exemplo, à proposta de solução do problema da certeza do direito por meio de intervenções soberanas e legislativas. De outro lado, concepções formalistas *organicistas*, que postularam o ideal de um direito certo e objetivo como primado das soluções intelectuais e sistemáticas, de um “direito científico” revelado pelo labor dos juristas¹⁹. Vejam-se de modo um pouco mais detalhado essas duas vertentes.

É possível, dentro do formalismo *voluntarista*, distinguir entre correntes *jusnaturalistas* e *juspositivistas*. Para o formalismo voluntarista *jusnaturalista* – de que são exemplos os trabalhos de Samuel Pufendorf [1632-1694], Gottfried Wilhelm Leibniz [1646-1716] e Christian Wolff [1679-1754] –, o conhecimento das leis naturais é possível com o uso da razão: por meio dela, o homem é transformado em ser social e objeto de observação e conhecimento. Resultado desse processo é a identificação de determinadas características essenciais à natureza humana, obra maior da criação divina, pressupondo-se que as normas ditadas pela divindade aos homens, as leis naturais da sociedade, só podem estar em conformidade com tais predicados. Assim, por exemplo, da *constatação* de que o homem é um animal racional e social, dotado da qualidade de viver com os seus similares em sociedades pacíficas, *deduz-se* que as leis naturais mais importantes são aquelas destinadas à manutenção

do pensamento jurídico moderno. [1966] São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 425-755; VOGLIOTTI, Massimo. *Tra fatto e diritto: oltre la modernità giuridica*. Torino: Giappichelli, 2007, *passim*; BAPTISTA DA SILVA, OVÍDIO ARAÚJO. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. [1996] 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 87-116; 177-201; ID., *Processo e ideologia*. [2004] 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006, *passim*; MITIDIERO, DANIEL. *Colaboração no processo civil*. [2009] 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 61-63, 78-85, 95; ID., *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 42-53; e DOMIT, OTÁVIO AUGUSTO DAL MOLIN. *Iura Novit Curia e causa de pedir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 68-88.

¹⁶ MITIDIERO, DANIEL. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. [2016] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 26, nota 47.

¹⁷ CHIASSONI, PIERLUIGI. *L'Indirizzo analitico nella filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2009, p. 233.

¹⁸ VILLA, VITTORIO. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 81.

¹⁹ A classificação é de CHIASSONI, PIERLUIGI. *L'Indirizzo analitico nella filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2009, p. 233-234. Algo nesse sentido também, TARELLO, GIOVANNI. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 69.

de tais condições. O conhecimento dessas normas é possível pela razão, por meio de uma atividade *cognoscitiva* de observação da natureza das coisas, dirigida em última instância à descoberta da *vontade* divina. As leis civis, por outro lado, são vistas como expressão da vontade do soberano, comunicadas aos seus destinatários por meio de enunciados linguísticos. A interpretação de tais enunciados é destinada não só a revelar o significado das palavras utilizadas, mas mais propriamente a identificar a *vontade* ou intenção do soberano. Trata-se de uma atividade igualmente *cognoscitiva*, voltada ao conhecimento de um objeto bem delimitado, isto é, aquilo que o soberano quis comandar por meio da lei²⁰.

O formalismo voluntarista *juspositivista* teve a sua principal expressão na Escola da Exegese, movimento doutrinário que reuniu os civilistas franceses e belgas que ao longo do século XIX dedicaram-se, com método próprio, ao ensino e à elaboração doutrinária do grande edifício da codificação, o *Code Napoléon*, de 1804. Algumas das principais ideias adotadas pelos juristas dessa tradição podem ser assim resumidas. *Positivismo e estatalismo do direito*: existe apenas um e verdadeiro direito, o direito positivo, produto da autoridade legislativa estatal e que deve ser obrigatoriamente obedecido. O direito natural pertence à moral e apenas se torna obrigatório se expressamente recepcionado pelo direito positivo ou, no mínimo, se não lhe for contrário. *Legalismo*: o direito positivo coincide com as leis positivas, que proporcionam o conhecimento certo do direito e, assim, dão a disciplina do viver social. Resulta daí o recurso ao método exegético e as obras na forma de “comentários”, com máximo apego à letra das disposições legais. *Voluntarismo psicológico*: as leis são manifestações da vontade do legislador histórico, que ecoa por representação a vontade geral do povo. Essa vontade, formada em momento necessariamente anterior à sua aplicação, é suscetível de conhecimento, por meio de métodos interpretativos, como, por exemplo, a investigação dos trabalhos legislativos preparatórios. *Separação dos poderes, subordinação da jurisdição à legislação, normativismo e aplicação mecânica da lei*: o sistema jurídico gira em torno da lei, fonte primeira do direito e expressão da vontade geral do povo, representado pela instituição parlamentar, manifestada por meio dos documentos legislativos. Assim, ao julgar, os juízes devem limitar-se a *declarar* o significado da lei e aplicá-la como ela é, sem modificá-la ou inová-la. Obviamente a aplicação da lei como ela é pressupõe uma atividade meramente cognitiva e declaratória (não produtiva, nem criativa ou adscritiva) do seu significado, que é tomado como premissa maior; como premissa menor estão os fatos, que devem ser etiquetados de acordo com a norma levada em

²⁰ CHIASSONI, PIERLUIGI. *L'Indirizzo analitico nella filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2009, p. 234-243.

consideração; dadas as premissas, para a solução do caso basta uma atividade mecânica, meramente silogística e dedutiva de derivação da conclusão²¹.

Característica comum ao formalismo voluntarista, portanto, é encarar as leis como *atos de vontade*, resultado da vontade divina, no caso do direito natural, ou da vontade humana, do soberano ou do legislador, representante da vontade geral do povo, no caso das leis civis. Não é à toa, então, que as *diretrizes interpretativas primárias*²² próprias do cognitivismo voluntarista focam sobretudo nas *palavras da lei* (interpretação gramatical) e na *vontade* do legislador histórico (interpretação lógica)²³.

O formalismo *organicista*, por sua vez, tem um fio condutor que liga, mantidas as devidas diferenças, as concepções de Friedrich Carl von Savigny [1779-1861], de Georg Puchta [1798-1846], de Rudolf von Jhering [1818-1892] em sua primeira fase e de Bernhard Windscheid [1817-1892] – e, assim, a Escola Histórica e a Pandectística alemãs (Escola Histórico-Sistemática). Na Alemanha dos primeiros três quartos do século XIX, ausente um código com o qual trabalhar (a *ZPO* alemã é de 1877 e o *BGB* de 1900), o processo de reorganização e de sistematização do direito foi realizado pelo corpo dos juristas, que tomaram para si essa tarefa, por meio da sua reconstrução dogmática, simplificação e sistematização única. Partindo da ideia de que o direito tem como fonte originária não a lei, mas o espírito do povo, o formalismo organicista compreende que não são as regras jurídicas que produzem os institutos jurídicos, mas, em sentido inverso, são as regras que são *extraídas* desses institutos, considerados no seu nexos orgânico. Significa dizer que a interpretação das regras *contidas* na lei não pode ser feita por meio de um procedimento restrito ao texto legal ou à vontade subjetiva do legislador, mas deve avançar até a compreensão e intuição dos institutos jurídicos e de seus nexos sistemáticos, que inspiraram o legislador a formulá-las. Nesse contexto, não obstante faça objeto imediato da atividade interpretativa as disposições de lei, elementos que estão em um nível mais superficial de conhecimento e análise, a interpretação tem como objeto mediato e final elementos que estão em níveis mais profundos, isto é, os institutos e as proposições

²¹ CHIASSONI, PIERLUIGI. *L'Indirizzo analitico nella filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2009, p. 233-234, 243-252; TARELLO, GIOVANNI. *La escuela de la exégesis y su difusión en Italia*. [1969] In: ID. *Cultura jurídica y política del derecho*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 63-91; BOBBIO, NORBERTO. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. [1961] São Paulo: Ícone, 1995, p. 84-89. Nessa mesma linha, GIUSEPPE CHIOVENDA (*Principii di diritto processuale civile*. [1906] 3ª edição, Napoli: Jovene, 1923 (rist. 1965), p. 11) faz alusão também a muitas dessas ideias como “princípios fundamentais” legados pela Revolução Francesa e que inspiraram o *Code de Procédure Civile* de 1807.

²² As diretivas primárias determinam as fontes, dotadas de uma imediata eficácia hermenêutica, utilizadas pelos intérpretes para atribuir ou imputar a atribuição de um determinado significado a uma disposição, de modo a traduzi-la em uma ou mais normas explícitas (cf. CHIASSONI, PIERLUIGI. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 80).

²³ CHIASSONI, PIERLUIGI. *L'Indirizzo analitico nella filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2009, p. 258-262.

jurídicas, que formam o substrato do *pensamento* que aquelas disposições meramente exprimem. O sistema *artificial* das disposições legislativas e de suas mútuas conexões é visto como um mero espelho – provisório, parcial e imperfeito – de um sistema *espontâneo* e *orgânico* dos institutos jurídicos e de suas íntimas conexões sistêmicas, que compõem o direito *real*. Nesse contexto, a *intentio auctoris* do legislador é mero guia da *intentio operis* do direito. Aqui reside uma das principais diferenças entre o cognitivismo organicista e o cognitivismo voluntarista: não propriamente a desconsideração do pensamento do legislador histórico, mas a sua submissão ao *espírito do direito* em sentido objetivo, à *ratio legis*. O conhecimento científico da organização formal e sistemática dos institutos e conceitos jurídicos e de sua racionalidade intrínseca, da qual o direito brota, é o que permite conhecer o verdadeiro sentido do jurídico²⁴.

O viés cognitivista do formalismo *organicista* é evidente: a interpretação desponta como atividade tipicamente de conhecimento (científica), que tem por objetivo descobrir o *verdadeiro* significado do direito, dessa realidade inteiramente pré-constituída e formada por uma pluralidade de elementos sistematicamente conectados, primeiro como nexos *orgânico* entre institutos e proposições jurídicas presentes no espírito do povo e depois como nexos *lógico* entre conceitos forjados pelos juristas. Não por acaso as *diretrizes interpretativas primárias* mais trabalhadas pelo formalismo organicista atêm-se aos elementos da *tradição* (interpretação histórica) e da *racionalidade* (interpretação sistemática)²⁵.

A Escola da Exegese e a Escola Histórico-Sistemática são as grandes correntes teóricas de base do pensamento jurídico europeu continental do século XIX e, pode-se dizer, são as expressões primeiras do grande processo de reorganização jurídica empreendido pelo direito moderno, alçando mão de teses formalistas²⁶. Embora por caminhos diversos, ambas compartilham as ideias de que a lei ou o complexo de materiais jurídicos têm um *significado integralmente pré-constituído* à interpretação, que espera ser *descoberto* pelo intérprete por

²⁴ CHIASSONI, PIERLUIGI. *L'Indirizzo analitico nella filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2009, p. 233-234, 274-301; VILLA, VITTORIO. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 80-84; LARENZ, KARL. *Metodologia da ciência do direito*. [1960] 3ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 9-44.

²⁵ CHIASSONI, PIERLUIGI. *L'Indirizzo analitico nella filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2009, p. 276-278.

²⁶ TARELLO, GIOVANNI. *Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione*. In: ID., *Diritto, enunciati, usi – studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1974, p. 413; VILLA, VITTORIO. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 80. Essas duas escolas explicam, ademais, os diferentes modelos de supremacia do direito – a saber, o *État Légal* francês e o *Rechtsstat* alemão – de que tratam, entre outros, CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES. *Direito constitucional e teoria da constituição*. [1997] 7ª edição, Coimbra: Almedina, 2003, p. 93-97; SOUZA JUNIOR, CÉSAR SALDANHA. *A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos*. Porto Alegre, 2002, p. 93-96; e MITIDIERO, DANIEL. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 15-23.

meio de recursos como a investigação da *vontade* do legislador ou da lei, ou da *sistematização dogmática* dos nexos lógicos entre os diferentes materiais jurídicos. Da mesma forma, também por vieses diferentes, ambas igualmente compreendem que a atividade interpretativa é dominada pelas regras da *lógica formal*, suficientes para guiar um processo de interpretação e aplicação do direito aos casos concretos por meio de simples *silogismos* judiciais²⁷.

2.2. O formalismo epistemológico e o processualismo científico continental

Essas e outras noções brevemente mencionadas nos parágrafos anteriores a respeito do modo formalista de se compreender o direito e a interpretação jurídica formavam o substrato conceitual do ambiente jurídico dos Oitocentos, que forjou o processo civil enquanto ramo autônomo do direito. E essas ideias foram impregnadas no pensamento científico e dogmático dos fundadores daquela então nova ciência²⁸. Como é cediço, o processo civil como ciência nasceu na Alemanha, na segunda metade do século XIX, sendo corrente atribuir o seu marco de fundação à publicação da monografia de Oskar Bülow [1837-1907], *Die Lehre von der Processeinreden und die Processvoraussetzungen*, de 1868. Não cumpre aqui recontar essa história, cujas passagens são muito bem conhecidas²⁹, mas apenas demonstrar que o formalismo epistemológico, com especial atenção à vertente do formalismo interpretativo, foi a concepção de base da construção dos conceitos e institutos do processo civil e que essas ideias aportaram e frutificaram no Brasil. Isso pode ser feito pelo exame da linha de descendência que une o pensamento de Adolf Wach, Giuseppe Chiovenda, Enrico Tullio Liebman, Alfredo Buzaid e Cândido Rangel Dinamarco³⁰.

A importância de Adolf Wach [1843-1926] para o processo civil é bastante conhecida. Apontado como o maior e mais insigne dos juristas da “idade de ouro” do processualismo

²⁷ VILLA, VITTORIO. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 82.

²⁸ MITIDIÉRO, DANIEL. *Cortes superiores e cortes supremas*. [2013] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 38.

²⁹ Sobre o tema, para uma reconstrução histórica, ver por todos ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO. *Evolución de la doctrina procesal*. [1949] In: ID., *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. México: UNAM, 1974, p. 308-312. Indicando que a *communis opinio doctorum* é de que a construção da ciência processual teve início com o processualismo científico alemão, mas citando autores (notadamente, Knut Wolfgang Nörr e Vittorio Denti) que defendem que o processo como disciplina autônoma remonta à ideia de *procedimento* do jusnaturalismo, MITIDIÉRO, DANIEL. *Colaboração no processo civil*. [2009] 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 21, nota 4.

³⁰ MITIDIÉRO, DANIEL. *O processualismo e a formação do Código Buzaid*. Revista de Processo, nº 183. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 165-194.

alemão³¹, Wach, ao lado de Bülow e Joseph Kohler [1849-1919], foi responsável por aplicar no campo do processo civil o método de investigação e de construção próprios da Escola Histórico-Sistemática alemã, elevando a matéria à discussão de seus grandes problemas conceituais, à conquista de seu sistema próprio e à autonomia de seus institutos³². No seu *Handbuch des Deutschen Civilprozessrecht*, de 1885, Wach busca desenvolver o processo civil a partir do conceito de relação jurídica e trata das funções de conhecimento, execução e cautelar como próprias do plano processual, sem conexão com o direito material; na monografia *Der Feststellungsanspruch*, de 1888, sustenta a autonomia do direito processual a partir da análise da natureza da ação declaratória negativa³³. Não há aqui novidades para os estudiosos do processo.

O dado talvez não tão bem conhecido ou repercutido é que Wach foi também considerado, junto com Kohler, um dos mais significativos teóricos do direito do final do século XIX, sendo apontado como um dos autores adeptos da *teoria objetivista* da interpretação. É o que afiança Karl Larenz, que retrata com precisão o ambiente do pensamento jurídico que inspirou a teoria objetivista da interpretação e as principais ideias dessa corrente: “‘Historicismo’ e ‘racionalismo’ são as componentes dominantes do pensamento, não apenas de Windscheid, mas, em geral, da ciência do Direito do século XIX. Isto significa que, embora se considerasse todo o Direito como produto da evolução histórica e, portanto, como ‘positivo’, via-se, porém, no próprio ‘Direito positivo’ uma ordem ‘racional’ que, por isso mesmo, seria susceptível de ser compreendida e sistematizada conceptualmente. A *lex*, sobretudo o Direito privado romano, vale menos como *voluntas* do que como *ratio scripta*. (...). Com efeito, se a lei vale menos, em último termo, por ser ‘positiva’ do que por ser ‘racional’, mais do que à vontade empírica do legislador cumpre dar acolhimento à sua vontade racional, ou seja, à *razão jurídica* contida na lei. Ora foi a esta exigência e, ao mesmo tempo, a um tipo de pensamento que era ainda muito mais determinado pelo racionalismo do que pelo historicismo ou até pelo positivismo, que correspondeu a teoria ‘objetivista’ da interpretação, tal como foi exposta, nos anos 1885 e 1886, quase simultaneamente por três dos mais significativos teorizadores do direito da época: Binding, Wach e Kohler. (...). A teoria ‘objetivista’ da interpretação afirma não apenas que a lei, uma vez promulgada, *pode* como qualquer palavra dita ou escrita, ter para

³¹ CHIOVENDA, GIUSEPPE. *Adolfo Wach*. [1926] In: ID., *Saggi di diritto processuale civile*. Volume 1º, Milano: Giuffrè, 1993, p. 263-264; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO. *Adolf Wach* (1843 - 1926). In: WACH, ADOLF. *Manual de derecho procesal civil*. (1ª ed.: 1885) Volume 1, Buenos Aires: E.J.E.A., 1977, p. XII-XIII.

³² CHIOVENDA, GIUSEPPE. *Adolfo Wach*. [1926] In: ID., *Saggi di diritto processuale civile*. Volume 1º, Milano: Giuffrè, 1993, p. 263-264.

³³ MITIDIERO, DANIEL. *O processualismo e a formação do Código Buzaid*. Revista de Processo, nº 183. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 170.

outros uma significação em que não pensava o seu autor – o que seria um truísmo –, mas ainda que o *juridicamente decisivo* é, em lugar do que pensou o autor da lei, uma significação ‘objectiva’, independente dele e imanente à mesma lei”³⁴.

É possível ver claramente a projeção dessas ideias na obra de Wach. De fato, em seu *Handbuch*³⁵, o “Maestro de Leipzig” propugnava o entendimento da lei como “*vontade* abstrata” e “objetivada” e do processo como instrumento cuja missão não era “*criar* direito objetivo”, mas “satisfazer as exigências do direito”: “a sentença não é lei, mas aplicação da lei”³⁶. Para Wach, “a finalidade da interpretação é científica, não legislativa, dedutiva e não produtiva”³⁷: “a interpretação jurídica articula uma parte com o todo, subordina o especial ao geral, o meio ao fim; dito em uma só palavra, não é somente histórico-filológica, mas ao mesmo tempo racional”³⁸. E conclui: “de tudo isso segue que a interpretação não consiste em expor o sentido que o legislador atribuiu efetivamente à regra, mas o sentido que é imanente à lei”, “a *vontade* objetivada na lei”³⁹. Essas passagens ilustrativas mostram que algumas características principais do formalismo interpretativo estavam bastante presentes em Wach⁴⁰.

Abre-se aqui um parênteses. Interessante notar, com Larenz, que a teoria objetivista de Wach, embora tivesse no direito positivo o foco de atenção, acolhia genericamente uma matriz racionalista e, assim, inconfessadamente, a ideia de direito como um organismo racional que deveria ser compreendido. Isso revela que a teoria objetivista conservou elementos importantes ainda do pensamento jusnaturalista⁴¹, notadamente do *jusracionalismo*⁴², ilustrando como a ideia de sistema impregnou na ciência jurídica alemã do século XIX uma herança da doutrina do direito natural. O *sistema*, para a Escola Histórico-Sistemática, significa muito mais do que uma forma de se obter clareza e facilidade para domínio da matéria jurídica: é a *única maneira* possível para se conhecer a verdade científica; é o critério intrínseco de

³⁴ LARENZ, KARL. *Metodologia da ciência do direito*. [1960] 3ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 39-41, grifos no original.

³⁵ Utilizamos a tradução para o castelhano feita por Tomás A. Banzhaf, integrante da importantíssima e clássica coleção dirigida por Santiago Sentis Melendo: WACH, ADOLF. *Manual de derecho procesal civil*. [1885] Volume 1, Buenos Aires: E.J.E.A., 1977.

³⁶ WACH, ADOLF. *Manual de derecho procesal civil*. [1885] Volume 1, Buenos Aires: E.J.E.A., 1977, p. 21 e 24-25, grifou-se.

³⁷ WACH, ADOLF. *Manual de derecho procesal civil*. [1885] Volume 1, Buenos Aires: E.J.E.A., 1977, p. 354.

³⁸ WACH, ADOLF. *Manual de derecho procesal civil*. [1885] Volume 1, Buenos Aires: E.J.E.A., 1977, p. 356.

³⁹ WACH, ADOLF. *Manual de derecho procesal civil*. [1885] Volume 1, Buenos Aires: E.J.E.A., 1977, p. 357 e 362, grifou-se.

⁴⁰ MITIDIERO, DANIEL. *Cortes superiores e cortes supremas*. [2013] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 39.

⁴¹ LARENZ, KARL. *Metodologia da ciência do direito*. [1960] 3ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 44.

⁴² Sobre os fundamentos do jusracionalismo, ver WIEACKER, FRANZ. *História do direito privado moderno*. [1952] 4ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 279-315.

racionalidade, responsável pelo desabrochar de uma unidade numa diversidade, que se reconhece como coesa do ponto de vista do sentido. Puchta foi quem propugnou, em lugar da ideia de um nexu orgânico de proposições jurídicas, a adoção da ideia de sistema como uma unidade lógica de conceitos, refletindo a ideia de uma pirâmide que tem em seu vértice um conceito supremo, o mais geral possível, do qual se podem deduzir todos os conceitos dos estratos inferiores, até a sua base. Os institutos jurídicos passam a ser avaliados, assim, não conforme o seu escopo ou função no contexto de cada proposição ou regulamentação, mas conforme o escalão ao qual se integram na pirâmide de conceitos. Nisso consiste a genealogia dos conceitos: a pirâmide de conceitos do sistema construído segundo as regras da lógica formal. E a maneira como construído esse sistema, de modo lógico-dedutivo, deriva do racionalismo do século XVIII, sobretudo na versão de Wolff⁴³.

Em que pese a evidente confluência de múltiplos fatores – o que torna possível muitas explicações para o fenômeno –, parece estar aqui uma das ligações mais diretas e imediatas do *processualismo* com o *jusracionalismo*, provavelmente o elo responsável pela penetração do denunciado paradigma racionalista na construção dogmática do processo civil, de seus institutos e de seu sistema⁴⁴, explicando-se por aí o aparente paradoxo da adoção de suas premissas por autores que estão nas raízes do positivismo alemão. Esse condicionamento do raciocínio jurídico em favor de uma construção conceitual abstrata, da depuração dos institutos jurídicos de qualquer ligação com elementos extrajurídicos (éticos, sociais, políticos) em prol de seu alinhamento com o sistema, foi acolhido pela grande maioria dos juristas da época e ofereceu terreno para a propagação do formalismo epistemológico, responsável pela alienação da ciência jurídica do século XIX em geral – e também da construção dogmática da então

⁴³ LARENZ, KARL. *Metodologia da ciência do direito*. [1960] 3ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 21-27; WIEACKER, FRANZ. *História do direito privado moderno*. [1952] 4ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 360-363.

⁴⁴ Conforme muito propugnou BAPTISTA DA SILVA, OVÍDIO ARAÚJO. *Processo e ideologia*. [2004] 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006, *passim* (por exemplo, p. 23-24) e, em especial, ID., *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. [1996] 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 110. Daí que, embora correta a crítica historiográfica de Daniel Mitidiero (*Precedentes: da persuasão à vinculação*. [2016] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 46, nota 104), apoiada nas lições de Giovanni Tarello (*Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 157), sobre ser “um equívoco de reconstrução histórica procurar compreender o fenômeno da geometrização do direito e da tecnicização da interpretação no direito francês – e na tradição romano canônica em geral – somente na trilha de Leibniz”, fazendo a ligação direta entre Leibniz e Montesquieu, desconsiderando a linha que une Pascal, Domat, Montesquieu e Pothier, parece mesmo que, especialmente para o direito processual civil, inclusive brasileiro, seja mais importante e influente a ligação entre o *processualismo* e o *jusracionalismo* na linha da ascendência de Leibniz e Wolff sobre a doutrina alemã do século XIX, aí incluído Wach – e por meio dele para Chiovenda e a *Scuola Storico-Dogmatica* italiana do século XX e daí para Liebman e o direito processual civil brasileiro. Sobre as duas linhas de penetração do *jusracionalismo*, ver também MARTINS-COSTA, JUDITH. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 179.

recém-nascida ciência processual – em relação à realidade cultural do direito⁴⁵. Fecha-se o parênteses.

A influência da obra de Wach foi sentida não apenas por seus conterrâneos e contemporâneos, mas transcendeu com extraordinária intensidade tanto as fronteiras da Alemanha como a sua geração de juristas. É notória e confessa, merecendo especial atenção, a influência de Wach sobre Chiovenda⁴⁶. E foi diretamente pelas mãos de Chiovenda que as ideias de Wach e da processualística alemã (e, invariavelmente, também o seu substrato teórico) impregnaram o processo civil italiano; e também por ele, embora indiretamente, por meio de um de seus mais importantes discípulos – Enrico Tullio Liebman –, é que essas mesmas ideias penetraram no processo civil brasileiro⁴⁷.

Giuseppe Chiovenda [1872-1937], que “madrugara no estudo do direito processual civil germânico”⁴⁸, foi responsável por fundar a nova escola processual italiana, tirando-a da imersão exegetica, herdada da doutrina francesa de matriz oitocentista, e colocando-a em linha de sintonia com o método histórico-dogmático alemão⁴⁹. O marco dessa virada é 1903, com a famosa *prolusione bolognese* refletida no ensaio *L'azione nel sistema dei diritti*⁵⁰. Teve início ali uma Escola cuja projeção e irradiação não foram iguais⁵¹.

É claro que Chiovenda esteve muito longe de ser um mero “divulgador de doutrinas estrangeiras”, sendo antes “um precursor, que oferece uma contribuição original justamente sobre os temas que os autores tedescos pareciam já haver esgotado em toda plenitude”⁵². É inegável, no entanto, que o *Maestro* italiano deu impulso ao trabalho conceitual iniciado pela processualística alemã, valendo-se sobretudo de seu *método*, de “revisão histórico-dogmática

⁴⁵ LARENZ, KARL. *Metodologia da ciência do direito*. [1960] 3ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 28-29. WIEACKER, FRANZ. *História do direito privado moderno*. [1952] 4ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 492.

⁴⁶ CHIOVENDA, GIUSEPPE. *Adolfo Wach*. [1926] In: ID., *Saggi di diritto processuale civile*. Volume 1º, Milano: Giuffrè, 1993, p. 267.

⁴⁷ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO. *Adolf Wach (1843 - 1926)*. In: WACH, ADOLF. *Manual de derecho procesal civil*. (1ª ed.: 1885) Volume 1, Buenos Aires: E.J.E.A., 1977, p. XXI-XXV; MITIDIERO, DANIEL. *O processualismo e a formação do Código Buzaid*. Revista de Processo, nº 183. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 170-171 e 173.

⁴⁸ BUZAID, ALFREDO. *Introdução*. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Volume I, 2ª edição. São Paulo: 1965, p. VIII.

⁴⁹ CARNELUTTI, FRANCESCO. *Giuseppe Chiovenda*. Rivista di Diritto Processuale Civile, volume XIV. Padova: CEDAM, 1937, p. 297-298; MITIDIERO, DANIEL. *O processualismo e a formação do Código Buzaid*. Revista de Processo, nº 183. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 170-171.

⁵⁰ CHIOVENDA, GIUSEPPE. *L'azione nel sistema dei diritti*. [1903]. In: ID., *Saggi di diritto processuale civile*. Volume 1º, Milano: Giuffrè, 1993.

⁵¹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO. *Evolución de la doctrina procesal*. [1949] In: ID., *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. México: UNAM, 1974, p. 313-315.

⁵² BUZAID, ALFREDO. *Introdução*. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Volume I, 2ª edição. São Paulo: 1965, p. VIII.

das doutrinas processuais e de construção de um sistema”⁵³. Ele próprio confessa: “Por isso que o sistema é fecundo. De algumas ideias fundamentais que presidem a sua formação, outras ideias pululam à medida que se procede ao ordenamento das partes e das suas particularidades. A aproximação de institutos diversos que têm elementos comuns frequentemente faz brilhar novas luzes ou mesmo apenas fagulhas, que fazem descobrir novos aspectos das coisas ou são causa de novas reflexões”⁵⁴. O testemunho de Buzaid confirma: “Chiovenda não ensaia, não improvisa, não se apressa em publicar. Reflete por largo tempo, ordena o pensamento e elabora um *sistema*; e só quando se convence, após demoradas locubrações, que a doutrina, que constrói, adquire *estrutura lógica*, é que saca à luz os tesouros do seu espírito criador. (...) um monumento acabado, que se incorpora definitivamente no patrimônio da ciência”⁵⁵.

Como inventariante dessa herança da Escola Histórico-Sistemática, seria difícil que a obra de Chiovenda deixasse de ver-se impregnada pelas ideias de base do formalismo epistemológico – sobretudo, no que aqui mais interessa, do formalismo interpretativo. E, de fato, não foi diferente⁵⁶. Chiovenda inaugura as suas *Istituzioni* afirmando que “a lei em sentido lato (ou direito objetivo) é a manifestação da *vontade* coletiva geral”, que “toda norma *encerrada* na lei representa uma *vontade* geral, abstrata, hipotética, condicionada à verificação de determinados fatos” e que o direito subjetivo nada mais é senão “a expectativa de um bem da vida garantida pela *vontade* da lei”, de modo que “cada vez que se verifica o fato ou grupo de fatos previsto pela norma, forma-se uma *vontade concreta* da lei”⁵⁷. Nesse contexto, o processo civil “serve justamente (...) não mais a tornar concreta a vontade da lei, pois *essa vontade já se formou como vontade concreta anteriormente ao processo*, mas a certificar qual seja a vontade concreta da lei e a efetivá-la”⁵⁸.

⁵³ CHIOVENDA, GIUSEPPE. *Principii di diritto processuale civile*. [1906] 3ª edição, Napoli: Jovene, 1923 (rist. 1965), p. VIII (tradução livre).

⁵⁴ CHIOVENDA, GIUSEPPE. *Principii di diritto processuale civile*. [1906] 3ª edição, Napoli: Jovene, 1923 (rist. 1965), p. XI (tradução livre). No mesmo sentido, CHIOVENDA, GIUSEPPE. *Del sistema negli studi del processo civile*. [1908] In: ID., *Saggi di diritto processuale civile*. Volume 1º, Milano: Giuffrè, 1993, p. 298-299.

⁵⁵ BUZOID, ALFREDO. *Introdução*. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Volume I, 2ª edição. São Paulo: 1965, p. VIII, grifou-se.

⁵⁶ Destacando que Chiovenda recebeu integralmente a herança formalista dos Oitocentos, especialmente o cognitivismo interpretativo e o logicismo aplicativo, MARINONI, LUIZ GUILHERME; ARENHART, SÉRGIO CRUZ; MITIDIERO, DANIEL. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. Volume 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 47-48.

⁵⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. [1933] Volume I, 2ª edição. São Paulo: 1965, p. 3-4, grifou-se.

⁵⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. [1933] Volume I, 2ª edição. São Paulo: 1965, p. 5, grifou-se.

Assim sendo, do ponto de vista da interpretação jurídica, a atividade dos juízes dirige-se ao “*exame da norma* como vontade abstrata da lei (questão de direito)”⁵⁹, disso decorrendo que “a função jurisdicional consiste na *atuação* da vontade da lei”, excluindo-se que possa “consistir na *determinação* ou *criação* dessa vontade”⁶⁰. Nisso consiste a interpretação, para Chiovenda: um trabalho difícilíssimo de “investigação dessa vontade” da lei preexistente, para tornar possível a sua atuação, trabalho esse levado a cabo “com o auxílio de critérios gramaticais, lógicos e históricos” para “fixar o verdadeiro *pensamento* da lei”⁶¹. E indagando “se se deve esquadrihar o pensamento da lei no tempo em que se elaborou ou no momento em que se examina”, critica Chiovenda o “quicá perigoso equívoco” de o juiz direcionar-se à atividade de “*adaptação histórica*” da lei: “Uma coisa é dizer-se que renovadas condições econômicas, sociais, políticas, 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 no 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 arbitrárias”⁶².

Como se pode ver, Chiovenda expressamente prega a adoção do formalismo interpretativo e recusa com muita veemência posturas antiformalistas em relação à interpretação, criticando os acenos feitos por Bülow em favor de algumas concepções da chamada Escola do Direito Livre⁶³. No conflito entre os dois ideais normativos de fundo,

⁵⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. [1933] Volume I, 2ª edição. São Paulo: 1965, p. 40 grifou-se.

⁶⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. [1933] Volume I, 2ª edição. São Paulo: 1965, p. 40, grifo no original.

⁶¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. [1933] Volume I, 2ª edição. São Paulo: 1965, p. 42, grifo no original.

⁶² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. [1933] Volume I, 2ª edição. São Paulo: 1965, p. 43, grifou-se.

⁶³ No mesmo sentido, CHIOVENDA, GIUSEPPE. *Del sistema negli studi del processo civile*. [1908] In: ID., *Saggi di diritto processuale civile*. Volume 1º, Milano: Giuffrè, 1993, p. 230-231; e ID., *L'azione nel sistema dei diritti - appendice*. [1903] In: ID., *Saggi di diritto processuale civile*. Volume 1º, Milano: Giuffrè, 1993, p. 26-27. Em outros termos, mas igualmente referindo a refutação de Chiovenda a teorias antiformalistas – mencionando a rejeição do *Maestro* a “todas as formas de discricionariedade judicial, que pudesse legitimar interpretações diferentes para um mesmo texto de lei” –, BAPTISTA DA SILVA, OVÍDIO ARAÚJO. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. [1996] 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 190.

Chiovenda fica com a *certeza* do formalismo e recusa a *equidade* do antiformalismo⁶⁴. Tal como muito bem já se disse, “o peso da caneta formalista” de Chiovenda é bastante forte⁶⁵.

2.3. O formalismo epistemológico e o processualismo científico brasileiro

Enrico Tullio Liebman [1903-1986], discípulo de Chiovenda e “lídimio representante” de sua Escola – “em seus escritos encontra-se rigorosa fidelidade ao método e aos princípios estabelecidos na moderna escola científica do direito processual civil”⁶⁶ –, trouxe para o Brasil “a alvorada do direito processual civil como sistema científico”⁶⁷. Com efeito, “se a ligação entre a doutrina alemã do final do século XIX e a doutrina italiana da primeira metade do século XX ocorreu por conta de Chiovenda, a ligação da doutrina brasileira com o processualismo europeu se dá pela presença de Enrico Tullio Liebman entre nós”, difundindo-se por suas mãos “o método da Escola Histórico-Sistemática” e o “programa da processualística alemã e da doutrina italiana”⁶⁸.

Assim sendo, não surpreende que Liebman propugne, por exemplo, que “a atividade do juiz é prevalentemente de caráter *lógico*”, devendo ele “*escolher* e aplicar normas legais”, em um trabalho que “consiste na afirmação da *vontade* do Estado orientada no sentido de regular as relações entre as partes”⁶⁹. Sobre a atividade de execução, tema de predileção de Liebman, afirma o prestigiado autor, citando Chiovenda, que a execução processual consiste na “atuação prática de uma *vontade* concreta da lei”, o que pressupõe o “*conhecimento* de tal *vontade*”⁷⁰.

Não só pela sua conhecida filiação teórica, mas também por conta de suas próprias concepções dogmáticas, como se vê dessas passagens exemplificativamente transcritas, é possível muito bem visualizar o alinhamento de Liebman ao formalismo epistemológico e,

⁶⁴ Contrapondo os valores *certeza* e *equidade* e ligando-os respectivamente a correntes formalistas e antiformalistas, VILLA, VITTORIO. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 87-88. Em linha de semelhança, embora com outros termos – contrapondo *segurança* e *justiça* como valores reitores de concepções formalistas e antiformalistas –, BAPTISTA DA SILVA, OVÍDIO ARAÚJO. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. [1996] 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 89.

⁶⁵ MOTTA, OTÁVIO VERDI. *Justificação da decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 106.

⁶⁶ DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *A formação do moderno processo civil brasileiro (uma homenagem a Enrico Tullio Liebman)*. [1977] In: ID., *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo I. 5ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 34.

⁶⁷ BUZAID, ALFREDO. *Introdução*. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Volume I, 2ª edição. São Paulo: 1965, p. X e XIII.

⁶⁸ MITIDIERO, DANIEL. *O processualismo e a formação do Código Buzaid*. Revista de Processo, nº 183. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 173 e 175.

⁶⁹ LIEBMAN, ENRICO TULLIO. *Execução e ação executiva*. [1943] In: ID., *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. 2ª edição, São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 43, grifou-se.

⁷⁰ LIEBMAN, ENRICO TULLIO. *Embargos do Executado*. [1936] 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 93.

notadamente, ao formalismo interpretativo. Essa linha de ideias, trazida por Liebman da Europa, não destoava da forma como a doutrina brasileira – de que são exemplos Francisco de Paula Baptista [1811-1882] e Carlos Maximiliano [1873-1960] – entendia a interpretação jurídica no final dos Oitocentos e na primeira metade dos Novecentos: “interpretar tinha por objeto conhecer normas preexistentes, sendo tarefa do intérprete *descobrir* o seu significado”⁷¹. Não houve, nisso, qualquer choque de concepções.

A doutrina processual civil brasileira, em geral, recebeu o legado de Liebman⁷² e desenvolveu-o com notável e justificado entusiasmo. Liebman foi o fundador da *Escola Processual de São Paulo*⁷³, que – afirma Dinamarco, um de seus membros mais célebres – é internacionalmente reconhecida pela sua “unidade metodológica em torno de certas premissas fundamentais”, entre as quais, enuncia, a convicção de que “o direito processual *não toma parte* na formação da *vontade* concreta do direito, porque o processo serve somente para *revelá-la* e propiciar a sua atuação”⁷⁴. Confirma essa orientação um breve exame do pensamento de Alfredo Buzaid [1914-1991], o mais destacado dos discípulos de primeira geração de Liebman e chefe de escola nas Arcadas, que escrevia, por exemplo, que “a ação é um direito *per se* à obtenção de um bem jurídico, mediante a atuação da *vontade* da lei”⁷⁵ e que o objeto do processo é “a *vontade concreta* da lei, cuja afirmação e atuação se reclama”⁷⁶, expondo as veias do formalismo *interpretativo* em seu pensamento. É bem conhecida, ademais, a concepção de Buzaid sobre ser o processo civil “uma instituição eminentemente técnica”, que “não é apanágio de um povo senão conquista de valor universal”⁷⁷, o que revela também a pressuposição de um formalismo *científico*.

O Código de Processo Civil de 1973 (“Código Buzaid”), cujo anteprojeto foi entregue em 1964, é fruto notável da fecunda relação de Liebman com o processo civil brasileiro, um

⁷¹ MITIDIÉRO, DANIEL. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. [2016] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 66, grifo no original.

⁷² DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *Liebman e a cultura processual brasileira*. Revista de Processo, nº 119. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 887-939, item 4.

⁷³ A denominação é de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *La escuela procesal de San Pablo*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1956, p. 864-869. Para um inventário da Escola Processual de São Paulo, ver JOBIM, MARCO FÉLIX. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. [2011] 3ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 98-103.

⁷⁴ DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *A formação do moderno processo civil brasileiro (uma homenagem a Enrico Tullio Liebman)*. [1977] In: ID., *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo I. 5ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 36, grifou-se.

⁷⁵ BUZAID, ALFREDO. *A ação declaratória no processo civil brasileiro*. [1943] 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1986, p. 111.

⁷⁶ BUZAID, ALFREDO. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. [1945] 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1956, p. 83-84.

⁷⁷ BUZAID, ALFREDO. *Anteprojeto de Código de Processo Civil – Exposição de motivos*. Rio de Janeiro, 1964, p. 13.

legítimo descendente da processualística alemã do fim do século XIX e, mais fortemente, da processualística italiana da primeira metade do século XX⁷⁸. De fato, sua inspiração não foi outra senão o pensamento de Chiovenda e de Liebman, como confessa Buzaid, seu autor, na *Introdução*, de 1965, à versão brasileira das *Instituições* de Chiovenda: “A repercussão da doutrina dos dois mestres foi sensível no Anteprojeto de Código de Processo Civil. 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. Quem se der ao trabalho de cotejar o Anteprojeto com as Instituições, verificará por certo quanto esta obra influenciou na formação daquele documento, que é provavelmente o último na ordem cronológica das atividades da moderna Escola Processual brasileira”. E arremata: “A obra de Chiovenda e Liebman faz pensar antes no futuro que no passado porque contém as bases de um *sistema lógico e racional*, que há de inspirar o legislador a elaboração definitiva do novo Código de Processo Civil”⁷⁹.

O exame das normas do Código Buzaid atesta o seu alinhamento com essas concepções do direito – e, notadamente, da interpretação jurídica – próprias do formalismo epistemológico que dominava, em geral, a cultura jurídica da época. Com efeito, conforme conclui a doutrina, o Código Buzaid pressupunha a *interpretação* como uma atividade essencialmente *cognitiva*, de apreensão, pelo juiz, do significado das normas *contidas* na lei: “o Código de 1973 sugere um legislador confiante na capacidade dos documentos normativos de possuírem um significado suficientemente claro, determinado e preciso, plenamente apreensível pela mente do juiz. Não há evidência de qualquer suspeita de que o juiz, ao interpretar os textos, pudesse se deparar com problemas de incerteza, ambiguidade ou indeterminação semântica de seus enunciados ou que fosse constrangido ou induzido a fazer escolhas, a realizar juízos valorativos, que pudesse recorrer à sua vontade ou a concepções subjetivas suas ao sentenciar um processo. Tudo indica que o legislador de 1973 confiava na premissa de que a ordem jurídica é potencialmente completa e coerente, sendo composta de normas semanticamente precisas e de fácil interpretação por parte de seus aplicadores”⁸⁰.

⁷⁸ MITIDIERO, DANIEL. *O processualismo e a formação do Código Buzaid*. Revista de Processo, nº 183. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 176, nota 30.

⁷⁹ BUZOID, ALFREDO. *Introdução*. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Volume I, 2ª edição. São Paulo: 1965, p. XV.

⁸⁰ MELLO, CLÁUDIO ARI. *Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo, nº 255. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 63-90, item 2).

Fica claro, portanto, do breve exame desses episódios históricos, que o formalismo epistemológico assentou firmes raízes nas concepções doutrinárias de base e formou o substrato para a estruturação jurídico-positiva do processo civil brasileiro da fase científica.

3. A Superação do Formalismo Epistemológico no Processo Civil Brasileiro

3.1. A instrumentalidade e a superação do formalismo científico

A partir da segunda metade do século XX, passou a ser sentida na Europa, e notadamente na Itália, crescente reação ao método de estudo tipicamente escolástico, dogmático e formalista dos autores da *Scuola Storico-Dogmatica*. Incomodava, sobretudo, a permanente preocupação dos processualistas clássicos com a técnica acima de tudo, com a atenção quase exclusiva na construção de uma ciência pura, logicamente perfeita e sistematicamente completa e bem alinhada, mas de costas para as necessidades práticas de quem, no dia-a-dia, tinha de valer-se do processo como *instrumento* para enfrentar problemas reais que se colocavam como entraves para a realização de direitos. A noção do processo como prática do direito de impacto social fora deixada em segundo plano pelos autores do processualismo e passava a ser novamente reclamada pela doutrina das gerações seguintes, que, no rescaldo do segundo pós-guerra, voltou a preocupar-se com o comprometimento *ético* do direito, com o seu alinhamento com *valores* e com os anseios *sociais*. Em termos de processo civil, a atenção antes direcionada primeiramente a abstratas sistematizações conceituais deu lugar a uma preocupação com os *resultados concretos* proporcionados pelo processo, com a resolução de problemas práticos e com a sua *efetividade*⁸¹.

Se Alfredo Buzaid foi o autor mais expressivo do *processualismo científico* brasileiro, Cândido Rangel Dinamarco – um dos mais ilustres representantes da segunda geração de discípulos de Liebman – é certamente o autor-símbolo do *instrumentalismo* no nosso país. De fato, embora os vieses das novas preocupações que caracterizam o *instrumentalismo* já pudessem ser notados em trabalhos de outros processualistas brasileiros⁸², foi Dinamarco quem

⁸¹ Para um retrato dessa virada metodológica e da abertura dos estudos doutrinários para três novas frentes – a pesquisa empírica, o estudo comparado e a atenção com as implicações sociais e políticas do funcionamento da justiça civil, com destaque para os trabalhos de Piero Calamandrei (1889-1956), Vittorio Denti (1919-2001) e Mauro Cappelletti (1927-2004) –, ver TARUFFO, MICHELE. *La giustizia civile in Italia dal 700 a oggi*. Bologna: Il Mulino, 1980, p. 328-343.

⁸² Nesse sentido, exemplificativamente, LACERDA, GALENO. *Processo e cultura*. Revista de Direito Processual Civil, Volume III, São Paulo: Saraiva, 1961, p. 74-86 (p. 86: “Processo é meio. Portanto o rito não pode transformar-se em fim. Meio de solução justa, de um conflito individual de interesses e meio também eficaz de

fez da *instrumentalidade* ideia-síntese da superação da perspectiva puramente técnica e interna do direito processual civil. Com isso, inaugurou uma verdadeira nova fase metodológica na Escola de São Paulo e no processo civil brasileiro, alterando o polo dos estudos de processo da *ação* para a *jurisdição* e abrindo definitivamente a disciplina para a sua conexão com o mundo exterior, isto é, para as suas relações com o direito material, com a Constituição e os direitos fundamentais de primeira dimensão e com os planos político, social e ético⁸³.

Em sua tese de titularidade, de 1987, Dinamarco declara ser exatamente essa a sua proposta: “O objetivo central desta obra é levar aos estudiosos do processo civil a *minha* proposta de revisão do modo como encaram a sua ciência e os institutos integrantes do universo de suas investigações. É tempo de integração da ciência processual no quadro das instituições sociais, do poder e do Estado, com a preocupação de definir funções e medir a operatividade do sistema em face da missão que lhe é reservada. Já não basta aprimorar conceitos e burilar requintes de uma estrutura muito bem engendrada, muito lógica e coerente em si mesma, mas isolada e insensível à realidade do mundo em que deve estar inserida. Daí a proposta de colocar o próprio sistema processual como objeto de exame a ser feito pelo *ângulo externo*, ou seja, a partir da prévia fixação dos objetivos a perseguir e dos resultados os com os quais ele há de estar permanentemente comprometido. É proposta de uma *nova perspectiva*”⁸⁴.

Os pilares da instrumentalidade apregoada por Dinamarco e os muitos méritos de sua doutrina são bem conhecidos e não precisam ser revisitados. Diversas, também, são as críticas enfrentadas pela instrumentalidade, as quais igualmente não necessitam agora ser reproduzidas⁸⁵. Uma especial objeção, entretanto, merece ser destacada: a *instrumentalidade*,

pronto, de harmonia social”); ID., *O código e o formalismo processual*. Revista da AJURIS, nº 28. Porto Alegre, 1983, p. 7-14 (p. 10: “os valores e os interesses no mundo do direito não pairam isolados no universo das abstrações; antes, atuam, no dinamismo e na dialética do real, em permanente conflito com outros valores e interesses. Certa, sem dúvida, a presença do interesse público na determinação do rito. Mas, acima dele, se ergue outro, também público, de maior relevância: o de que o processo sirva, como instrumento, à justiça humana e concreta, a que se reduz, na verdade, sua única e fundamental razão de ser”); e ALVARO DE OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO. *Procedimento e ideologia no direito brasileiro atual*. In: Revista da AJURIS, nº 33. Porto Alegre, 1985, p. 79-84 (p. 80: “Entre os temas resultantes dessa frutífera investigação, tem lugar de relevo o do acesso à Justiça, do processo como fenômeno social de massa, da oralidade do processo civil, da assistência judiciária aos pobres, do cesso como instrumento de política social e outros correlatos”). Destacando que a preocupação com a instrumentalidade do processo pode ser sentido muito antes da obra de Dinamarco de 1987, citando os aludidos ensaios de Galeno Lacerda e a primazia no tratamento do tema em sua obra seminal *Despacho saneador*. Porto Alegre: La Salle, 1953, MITIDIERO, DANIEL. *Colaboração no processo civil*. [2009] 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 34-35, nota 67.

⁸³ Cf. leitura de MITIDIERO, DANIEL. *Colaboração no processo civil*. [2009] 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 34-35 e nota 67.

⁸⁴ DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 9, grifos no original.

⁸⁵ Uma síntese das principais ideias da instrumentalidade defendida por Dinamarco e uma crítica meritória a essas ideias podem ser conferidas em MITIDIERO, DANIEL. *Colaboração no processo civil*. [2009] 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 34-48; AMARAL, GUILHERME RIZZO. *Cumprimento e execução da sentença sob*

malgrado a sua reconhecida importância como novo paradigma de compreensão da ciência processual, seguiu no rastro de uma perspectiva *cognitivista* da interpretação jurídica e a partir desse viés estruturou as soluções que propõe.

Procurando acomodar-se aos novos tempos e, notadamente, aos influxos do constitucionalismo, a *instrumentalidade* de Dinamarco adaptou a conhecida lição de Chiovenda e apregoou como função do processo civil não mais a atuação da “*vontade concreta da lei*”, mas sim a atuação da “*vontade concreta do direito*”⁸⁶. Embora louvável a tentativa abertura a um novo método de entendimento do direito processual, para além do *legalismo*, a fórmula não conseguiu despir-se das vestes do formalismo *voluntarista*. Tanto assim que se lê na obra de Dinamarco que, para atuar a “*vontade concreta do direito*” o julgador deve procurar “*descobrir*” o significado da norma, negando-se “*que de alguma forma o juiz concorra, em cada caso, a contribuir ou completar o preceito da lei*”: “*o comando concreto que emitem constitui mera revelação do preexistente, sem nada acrescer ao mundo jurídico além da certeza*”⁸⁷.

De outro lado, é possível notar na obra de Dinamarco a assunção de posições próximas ao formalismo *organicista*, próprio, como visto, da teoria da interpretação assumida pela Escola Histórico-Sistemática alemã do século XIX. Isso fica claro, por exemplo, quando o autor afirma: “*os textos legais, como fontes do direito, são portadores da norma, mas não são a norma. As normas vivem no plano ideal do direito e integram um sistema harmônico do qual a lei constitui apenas uma forma de expressão. À corriqueira assertiva de que a lei não equivale ao direito nem o direito se exaure nela, acrescenta-se que tampouco cada lei ou cada disposição legal sejam em si mesma uma norma. Como toda lei se destina a atribuir bens e determinar condutas humanas para a prevalência de algum valor eleito pelo ente que a produz, só se pode chegar ao conhecimento da norma que ela contém mediante a consciência do valor que lhe está à base (...). Daí a necessidade de interpretar a lei, em busca do conhecimento da norma que ela contém*”⁸⁸.

a ótica do formalismo-valorativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 28-35; DOMIT, OTÁVIO AUGUSTO DAL MOLIN. *Iura Novit Curia e causa de pedir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 189-191; e ZANETI JR., HERMES; MADUREIRA, CLÁUDIO. *Formalismo-valorativo e o novo processo civil*. Revista de Processo, nº 272. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 85-125, item 2.1.. Para uma defesa da instrumentalidade, ver BEDAQUE, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS. *Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?* In: BEDAQUE, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS; CINTRA, LIA CAROLINA BATISTA; EID, ELIE PIERRE (orgs.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

⁸⁶ DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 50-51, grifo no original.

⁸⁷ DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 50-51, grifo no original.

⁸⁸ DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *Instituições de direito processual civil*. Volume I. 6ª edição, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 88, grifou-se.

Outras tantas passagens são reveladoras da adoção do paradigma formalista da interpretação⁸⁹, como fica claro ao ler-se, por exemplo, que “do juiz espera-se a fiel e *correta revelação* das normas substanciais concretas, partindo do texto das leis e valendo-se de critérios racionais e realistas para a interpretação legítima e socialmente adequada”⁹⁰; que “a atividade declaratória do juiz constitui exercício de típica *função reveladora*, equiparável à do técnico fotográfico que com os banhos químicos a que submete os filmes já expostos à luz, provoca o surgimento de retratos ou paisagens que lá estavam previamente, mas não eram visíveis”⁹¹; e que “a regra do caso já *existia antes, perfeita e acabada*, interessando agora dar-lhe efetividade, ou seja, promover a sua atuação”⁹².

Assim, sem fazer esmaecer a importante evolução teórica que trouxe para a compreensão do processo civil brasileiro, é possível dizer que a *instrumentalidade* representou uma atualização metodológica apenas *parcial* em relação ao *processualismo* brasileiro e ao seu formalismo epistemológico. Com efeito, se foi, certamente, uma bem sucedida e necessária reação ao formalismo *científico*, isto é, ao enclausuramento do processualista na perspectiva meramente interna do processo, à neutralidade axiológica e à indiferença da doutrina processual civil em relação ao direito material, é igualmente verdadeiro que a *instrumentalidade* não conseguiu livrar-se das amarras do formalismo *interpretativo* que permeava os trabalhos da doutrina processual civil brasileira herdeira do *processualismo* de Liebman e que continuou imperando mesmo após o novo paradigma metodológico que conduziu também para o ângulo externo as atenções e preocupações dos processualistas brasileiros.

3.2. A primeira reação ao formalismo interpretativo

Ao lado e a partir da *instrumentalidade*, duas foram as principais frentes de trabalho da doutrina processual civil brasileira para a superação definitiva do *processualismo* e a

⁸⁹ Deve-se dizer, a bem da verdade, que Dinamarco esboça tímida concessão à ideia de que a atividade que resulta do processo vá além da mera interpretação declarativa, inclusive aludindo à importância da participação das partes para a formação do resultado obtido com o processo e dos malefícios da interpretação meramente literal (vide *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 273 e 275), mas isso não se mostra suficiente para eliminar a filiação de sua doutrina com o formalismo interpretativo. Nesse sentido, também, MITIDIERO, DANIEL. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. [2016] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 67, nota 223.

⁹⁰ DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *Instituições de direito processual civil*. Volume I. 6ª edição, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 45, grifou-se.

⁹¹ DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 272, grifo no original.

⁹² DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 295, grifou-se.

continuação do desenvolvimento de um substrato metodológico mais adequado para propiciar as soluções teóricas e práticas de que carecia o sistema de tutela dos direitos no país. E é nesse bojo que aparece a primeira reação antiformalista na ciência do processo civil no Brasil.

A primeira frente de trabalho, que laborou ao lado da instrumentalidade, foi capitaneada por Ovídio Araújo Baptista da Silva, verdadeiro *outlier* em relação à doutrina processual civil de seu tempo e desde semprepositor das fórmulas e soluções do *processualismo científico* brasileiro, sobretudo de seu chamado *paradigma racionalista*. A crítica à aceitação da doutrina clássica montesquiana da *separação de poderes*, que reduzia a função jurisdicional a um “poder nulo”; à louvação do ideal de *certeza do direito* na forma do racionalismo oitocentista, que alçava o valor *segurança* a uma posição de veneração quase absoluta, em detrimento do valor *justiça*; e à adoção do *programa moderno* de submissão do direito ao método científico das ciências da natureza ou lógicas, que artificializaram o raciocínio jurídico a partir de um padrão geométrico de pensamento, foram os três pilares a partir dos quais Ovídio Baptista sustentou a sua firme oposição às conclusões da generalidade dos processualistas brasileiros sobre como deveria se dar o funcionamento do processo e de seus institutos⁹³. O festejado autor atribuía à combinação de elementos dessa tradição secular, que ainda ecoava, a artificial tentativa de aprisionar o juiz dentro dos esquemas legais, reduzindo a atividade jurisdicional à pura aplicação de normas pré-dadas e estampadas na lei

Sobre isso, são célebres os escritos de Ovídio Baptista em especial a respeito das tutelas sumárias e dos juízos de verossimilhança contrapostos à *plenariedade e ordinariedade* do processo de conhecimento e dos juízos de certeza, crítica que se revelou decisiva para permitir ao processo civil brasileiro, a partir de 1994, quebrar a estrita separação das *funções* de conhecimento, execução e cautelar em três procedimentos diversos e herméticos (processo de conhecimento, processo de execução e processo cautelar), paradigma conceitual adotado pelo Código Buzaid, fruto das concepções da processualística italiana do início do século XX, e que criava enorme obstáculo à prestação de tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva aos direitos no nosso país⁹⁴. Esses e outros artificialismos, fundados em premissas conceituais caras ao *processualismo* – e que se mantiveram presentes nos pressupostos teóricos de boa parte

⁹³ Trata-se de base de trabalho que sustenta toda a obra do autor. Especificamente, ver BAPTISTA DA SILVA, OVÍDIO ARAÚJO. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. [1996] 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 87-116 e 177-201 (em especial, p. 88-89); ID., *Processo e ideologia*. [2004] 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006, *passim*.

⁹⁴ BAPTISTA DA SILVA, OVÍDIO ARAÚJO. *Processo e ideologia*. [2004] 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006, 89-129; 151-164; ID., *Curso de processo civil*. Volume 2. [1993] 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2008, *passim* (em especial, p. 3-96). Sobre o tema, ver também MITIDIERO, DANIEL. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 38.

dos estudos de processo civil produzidos no Brasil, mesmo após a *instrumentalidade*, inclusive sustentados por um bom número de adeptos do novo paradigma metodológico –, foram vigorosamente combatidos por Ovídio Baptista por anos a fio, não raro como voz isolada na doutrina. São célebres os escritos do processualista gaúcho denunciando os “vínculos jamais desfeitos, ou sequer questionados, entre as instituições fundamentais de nosso ordenamento contemporâneo (...) e o racionalismo”⁹⁵.

Diversas são as passagens da obra de Ovídio que dão vazão a essa insurgência antiformalista, como, por exemplo, quando o célebre processualista gaúcho afirma que “a ideologia da ordinariedade, consagrada através do Processo de Conhecimento, assenta-se no falso pressuposto – que constituíra o sonho de Leibniz – de que a moral e o direito sejam tão demonstráveis como qualquer teorema matemático; e que a norma jurídica, fruto de um legislador iluminado, sendo por isso tão compreensivelmente clara, haveria de ter, invariavelmente, *sentido unívoco*, e a sentença, sendo produto de um juízo de *certeza*, teria de representar a *única solução correta*. Ora, uma tal concepção do fenômeno jurídico, já *seriamente questionada a partir do século XX*, tornou-se, nos últimos cinquenta anos, precisamente na segunda metade do século passado, desenganadamente *anacrônica*. (...) mesmo Kelsen, que, como se sabe, é a maior expressão do normativismo moderno, pressupõe que a norma jurídica admita *várias interpretações*, todas elas permitidas e legítimas. (...). Imagina-se que os juízos de certeza exigidos do julgador pelo Processo de Conhecimento (ordinário) sejam a fórmula capaz de clarificar, através de um ato de *pura inteligência*, a *vontade* do legislador, confirmado o pressuposto de que o juiz é tão-somente a *boca que pronuncia as palavras concretas da lei* ou, como disse Chiovenda, o juiz *atua a vontade concreta da lei* (...), nunca a sua própria vontade”⁹⁶

A mesma eloquência questionadora de Ovídio Baptista pode também ser conferida em outra passagem, em que o autor examina o clássico conceito de James Goldschmidt [1874-1940] de processo como *situação jurídica* e aquilo que denominava de “*incerteza consubstancial dos direitos*”, que os tornaria, uma vez submetidos ao processo, meras *expectativas*: “A atualidade do pensamento de James Goldschmidt está em reduzir o interesse pela busca da verdade como o objetivo final do processo, para dar maior relevância, não propriamente à ‘verdade dos fatos’, como se o texto legal pudesse *conter* uma verdade,

⁹⁵ BAPTISTA DA SILVA, OVÍDIO ARAÚJO. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. [1996] 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 181.

⁹⁶ BAPTISTA DA SILVA, OVÍDIO ARAÚJO. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. [1996] 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 182, grifou-se.

temporalmente invariável, para dar relevância ao ‘*sentido*’ da norma, a ser *dado pelo intérprete*. Encontramo-nos, portanto, ante uma questão decisiva, ligada à natureza ou os limites, da cognição judicial em geral, bem como ante um problema crucial, relativo à própria *natureza da função jurisdicional*. Em última análise, a questão *fere um dos pressupostos mais caros à doutrina processual*, qual seja o entendimento de que o juiz, ao proferir sentença, esteja a *revelar a ‘vontade da lei’*. Aqueles que têm experiência prática, que convivem com a atividade forense, sabem que essa inefável ‘vontade da lei’ não passa de uma doce *miragem*. Para o processo a verdade deve representar, no máximo, o primeiro estágio na formação do juízo jurisdicional. Antes de preocupar-se com a imaginada ‘vontade da lei’, o que interessa ao processo será sempre o ‘*significado*’ da norma, ou o significado dos fatos, a ser *determinado* pelo intérprete, enquanto julgador. (...). É justamente a busca do ‘*sentido*’ da norma que impede que sua suposta ‘*verdade*’ congele-se no tempo, impedindo que o julgador possa, através dessa *plurivocidade* de sentido, *atribuir ao texto* o sentido compatível com as circunstâncias sociais no momento de sua aplicação, fazendo justiça nos casos individuais”⁹⁷.

E essa crítica é especialmente significativa quando, examinando o conceito chiovendiano de jurisdição, Ovídio Baptista recusa-o, juntamente com os pressupostos formalistas que lhe sustentam, indo no âmago do problema que decorre da adoção, por Chiovenda, das premissas do formalismo interpretativo para a construção do seu sistema: “A crítica mais séria que se poderá fazer à doutrina de Chiovenda, que, todavia, não lhe retira o mérito, está em seu *pressuposto doutrinário*, mais do que na formulação propriamente da doutrina. A objeção à célebre doutrina chiovendiana sobre jurisdição está em que o grande processualista italiano, sob a influência das idéias jurídico-filosóficas predominantes no século XIX, concebia como funções separadas, e até, em certo sentido, antagônicas, a função de legislar e a função de aplicar a lei. Sua doutrina sustenta-se na postulação de que o ordenamento jurídico estatal seja, para o juiz, um *dado prévio*, uma *coisa existente*, como se fora uma constelação posta, completa e definitivamente, pelo legislador, restando ao juiz a exclusiva tarefa de aplicação da lei ao caso concreto. As modernas correntes de filosofia do direito, contudo, procuram mostrar que a atividade de aplicação da lei pelo juiz implica, de certo modo, também uma função *criadora* de direito, à medida que o *preceito legal*, abstrato como ele é, em sua formulação genérica, não passa de um *projeto de norma* reguladora da conduta humana, projeto que o julgador deve *completar* na sentença, de modo a concretizá-lo no caso particular

⁹⁷ BAPTISTA DA SILVA, OVÍDIO ARAÚJO. *Curso de processo civil*. Volume 1. [1987] 7ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 7-8, grifou-se.

submetido ao seu julgamento. A doutrina de Chiovenda, como de resto as demais de que iremos tratar, *pressupõe a plenitude do ordenamento jurídico*, tal como a pressupunham as doutrinas filosóficas de inspiração positivas, predominantes no século XIX, que *ainda exercem poderosa influência no pensamento contemporâneo*, particularmente as variantes normativas, para as quais o direito é aquilo que o legislador edita como sendo direito, de modo que o juiz não apenas deveria ficar impedido de avaliar a eventual injustiça da lei, como seria totalmente *desnecessário* qualquer ato de *criação* do direito pelo juiz, posto que o ordenamento jurídico já teria *em si mesmo todas as soluções* para os casos futuros. Esta visão do problema, que pressupõe uma nítida separação dos poderes do Estado, é que está superada, especialmente a partir do extraordinário impacto social e histórico provocado pela Segunda Guerra Mundial, cujos reflexos, no campo do direito, fizeram-se sentir através de uma profunda revisão das correntes positivistas predominantes na primeira metade do século XX”⁹⁸.

Olhando para trás, é possível dizer que a convicta oposição de Ovídio Baptista à “doutrina tradicional” e ao “paradigma racionalista” por ela adotado representou a pioneira e uma das mais importantes *reações antiformalistas* à adoção *acrítica* do *formalismo interpretativo* pela generalidade da doutrina processual civil brasileira e que se colocava como um entrave conceitual (segundo Ovídio Baptista, “ideológico”) para a solução de problemas práticos enfrentados por quem lidava (e segue lidando) com o processo. É evidente o acerto da denúncia sobre a necessidade de *desconstrução* e *superação* do substrato formalista que nutria o sistema de tutela dos direitos no Brasil. E é de grande valor o legado de sua crítica: a obra dogmática de Ovídio Baptista, fruto de seu olhar diferenciado sobre o funcionamento oblíquo das instituições processuais, contribuiu de maneira decisiva para o processo civil brasileiro aparelhar-se de instrumentos aptos à realização de direitos e satisfação real de necessidades. A concepção formalista e normativista do direito, que já vivia uma profunda crise à época da edição do Código Buzaid – crise essa ignorada pela generalidade da doutrina processual civil⁹⁹ –, recebeu de Ovídio Baptista, assim, a primeira oposição do ponto de vista da teoria do direito e de seus reflexos na dogmática processual.

Sem retirar o mérito de seu pioneirismo, é preciso dizer, no entanto, que o debate da dogmática processual à luz da teoria do direito proposto por Ovídio Baptista é realizado a partir

⁹⁸ BAPTISTA DA SILVA, OVÍDIO ARAÚJO. *Curso de processo civil*. Volume 1. [1987] 7ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 17, grifou-se.

⁹⁹ MELLO, CLÁUDIO ARI. *Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo, nº 255. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 63-90, item 1.

de uma interlocução bastante limitada com a doutrina jus-filosófica então mais recente¹⁰⁰ e sem uma precisa direção teórica de base, podendo-se observar construções por vezes incongruentes, embora com alguma inclinação prevalente para o endereço da crítica *hermenêutica* ao formalismo interpretativo¹⁰¹.

3.3. A incorporação da teoria dos direitos fundamentais e da nova teoria das normas no discurso processual

A segunda frente de trabalho, que assimilou a virada de paradigma proposta pela *instrumentalidade* e desenvolveu-a com notáveis ganhos, foi conduzida pelos autores que, no embalo do advento do *Estado Constitucional*¹⁰², promoveram a segunda constitucionalização

¹⁰⁰ MELLO, CLÁUDIO ARI. *Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo, nº 255. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 63-90, item 1 e nota 1.

¹⁰¹ É o que se percebe, por exemplo, ao se ler que “a prática do direito, na instância judiciária, utiliza-se essencialmente da retórica pela natureza da ‘relação vital do intérprete com o texto’. É necessário aceitar a ‘ambiguidade retórica’ como um ideal positivo para a *compreensão* das *ciências do espírito* (Hans-Georg Gadamer, *Verdade y método ...*)”, embora linhas antes o mesmo autor afirme, de maneira incompatível com a abordagem hermenêutica, que o juiz tem uma inescapável “margem de discricção” (BAPTISTA DA SILVA, OVÍDIO ARAÚJO. *Curso de processo civil*. Volume 1. 7ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 9, grifou-se). Igualmente dando conta do alinhamento de Ovídio Baptista a algumas notas distintivas da crítica hermenêutica ao formalismo interpretativo, ZANETI JR., HERMES; PEREIRA, CARLOS FREDERICO BASTOS. *Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica?* Revista de Processo, nº 259. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 21-53, item 5, nota 78; PEREIRA, CARLOS FREDERICO BASTOS. *O controle da decisão judicial no processo civil: a contribuição da hermenêutica e da analítica para um modelo de fundamentação adequado ao paradigma da linguagem*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), 2017, p. 70 e 79.

¹⁰² “A *chi consideri il diritto del nostro tempo, di certo non risucirà di riscontrare in esso i caratteri che costituivano i postulati dello Stato di diritto legislativo. L’entità della trasformazione deve indurre a pensare a un vero e proprio mutamento genetico, piuttosto che a una deviazione momentanea, in attesa e nella speranza di una restaurazione. Ai grandi e gravi problemi di cui tale mutamento è conseguenza e, a sua volta, causa, la risposta è racchiusa nella formula dello ‘Stato costituzionale’. La novità che essa contiene è capitale e riguarda la posizione della legge. Questa, per la prima volta in epoca moderna, viene messa in rapporto di conformità e quindi subordinata a uno stato più alto di diritto, stabilito dalla Costituzione. Di per sé, questa innovazione potrebbe apparire, e in effetti è apparsa, come una semplice integrazione dei principî dello Stato di diritto che porta a termine il programma dell’integrale soggezione al diritto di tutte le funzioni ordinarie dello Stato, compresa la legislazione (con eccezione quindi solo della funzione costituente). Con ciò, si potrebbe dire, viene a realizzarsi nella sua forma più piena possibile il principio del governo delle leggi, in luogo del governo degli uomini, principio frequentemente considerato una delle basi ideologiche fondative dello stesso Stato di diritto. Tuttavia, se dalle affermazione generiche si passa alla considerazione comparativa dei caratteri concreti dello Stato di diritto dell’Ottocento e dei caratteri dello Stato costituzionale attuale, ci si accorge che, altro che un completamento, si tratta di una profonda trasformazione che coinvolge necessariamente perfino la concezione del diritto” (ZAGREBELSKY, GUSTAVO. *Il diritto mite*. [1992] 13ª reimpressão, Torino: 2005, p. 39). A expressão “Estado Constitucional”, que denota a reunião do “Estado de Direito” com o “Estado Democrático” (CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES. *Direito constitucional e teoria da constituição*. [1997] 7ª edição, Coimbra: Almedina, 2003, p. 92-93; 97-100), é utilizada para assinalar essa transformação das concepções do Estado e de suas funções próprias do chamado “Estado Legislativo”. Indicando e trabalhando esses pontos, bem assim os seus reflexos na ciência do processo civil, MITIDIERO, DANIEL. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 9-11; ID., *Cortes superiores e cortes supremas*. [2013] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 15-23.*

do processo civil brasileiro. Se a primeira constitucionalização proporcionou a ancoragem, na Constituição, de um núcleo mínimo de garantias processuais fundamentais, salvaguardando-as do alcance do constituinte derivado e do legislador infraconstitucional¹⁰³, a segunda constitucionalização interferiu diretamente e de forma inovadora sobre a realidade processual¹⁰⁴, criando ambiente para uma sensível alteração sobre a forma de compreensão do direito e do processo civil no Brasil, engrossando o caldo cultural que assentou a definitiva virada de página do processualismo e deu condições à superação do formalismo interpretativo.

A incorporação da *metodologia dos direitos fundamentais*¹⁰⁵ ao discurso processual civil – isto é, das novas concepções sobre a efetividade, a eficácia irradiante horizontal e vertical e a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, que a partir da interpretação do artigo 5º, §1º, da Constituição da República de 1988 passaram a ser definitivamente vistos e teorizados como normas capazes de terem aplicação *direta e imediata*, sem depender de regulação infraconstitucional ou edição de leis concretizadoras – foi o impulso inicial para essa mudança¹⁰⁶. Nesse momento, “não se trata mais, bem entendido, de apenas conformar o processo às normas constitucionais, mas de empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é por ele conduzido”¹⁰⁷. Essa renovada forma de pensar e teorizar o processo colocou-se em duas perspectivas.

Do ponto de vista do *funcionamento interno* do processo, a interpretação do artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República que conduzia à “extração” da opaca *garantia* do devido processo legal deu lugar, a partir de um renovado exercício de elaboração teórica e de interpretação, à construção do *direito fundamental* ao processo justo, sobreprincípio que, em

¹⁰³ MITIDIERO, DANIEL. *As relações entre o processo civil e a Constituição na primeira metade do século XX e sua breve evolução na doutrina processual civil brasileira*. Revista dos Tribunais, volume 915, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 50-60, item 4.

¹⁰⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO. *Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, nº 21. Porto Alegre: Magister, 2007, p. 112.

¹⁰⁵ Sobre a metodologia dos direitos fundamentais, ver, por todos, SARLET, INGO WOLFGANG. *A eficácia dos direitos fundamentais*. [1998] 10ª edição, 2009, *passim*. Alguns dos primeiros trabalhos incorporando a metodologia dos direitos fundamentais ao discurso do processo civil brasileiro foram de ALVARO DE OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. Revista da AJURIS, nº 87. Porto Alegre, 2002, p. 37-49; e de MARINONI, LUIZ GUILHERME. *O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Gênesis Revista de Direito Processual Civil, nº 28. Curitiba: Gênesis, 2003, p. 298-338.

¹⁰⁶ MITIDIERO, DANIEL. *As relações entre o processo civil e a Constituição na primeira metade do século XX e sua breve evolução na doutrina processual civil brasileira*. Revista dos Tribunais, volume 915, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 50-60, item 4.

¹⁰⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. Revista da AJURIS, nº 87. Porto Alegre, 2002, p. 38.

sua dimensão endoprocessual, tem como fim a organização de um processo válido e justo, que propicie uma adequada e participativa seleção e interpretação do material normativo e fático que será utilizado na decisão a ser prolatada¹⁰⁸. Com isso, o direito fundamental ao processo justo passou a ser entendido como um princípio guarda-chuva, que reúne as normas que formam o modelo mínimo para a atuação processual do Estado¹⁰⁹: entre outros, o direito fundamental ao contraditório, que grava também o juiz e impede a prolação de decisão-surpresa; o direito fundamental à prova, proporcionando a superação das teses do livre-convencimento e do juiz como destinatário da prova; o direito fundamental à motivação adequada, a impor ao juiz que decline de forma analítica as razões de decidir; o direito fundamental à colaboração, que grava o juiz com os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio. Os trabalhos de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira¹¹⁰ e de seus discípulos diretos¹¹¹ assinalam, ilustrativamente, de maneira notável a preocupação com essas questões e são fontes de importantíssimas contribuições teóricas para um melhor funcionamento do processo à luz dos direitos fundamentais, destacadamente (mas não exclusivamente¹¹²) do ponto de vista de seu funcionamento *interno*. A proposta metodológica do *formalismo-valorativo*, que teoriza o processo a partir da compreensão de que a sua conformação e organização nada mais representariam senão uma tentativa de equacionar conflitos entre princípios constitucionais em

¹⁰⁸ TARUFFO, MICHELE. *Idee per una teoria della decisione giusta*. [1997] In: ID., *Sui confini: scritti sulla giustizia civile*, Bologna: Il Mulino, 2002, p. 224.

¹⁰⁹ MARINONI, LUIZ GUILHERME; MITIDIERO, DANIEL. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 616 (em coautoria com SARLET, INGO WOLFGANG).

¹¹⁰ A esse respeito, entre outros, ver ALVARO DE OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. Revista da AJURIS, nº 87. Porto Alegre, 2002, p. 37-49; ID., *O juiz e o princípio do contraditório*. Revista de Processo, nº 71. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 31-38; ID., *A garantia do contraditório*. Gênesis Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, nº 10. Curitiba: Gênesis, 1998, p. 667-680; ID., *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. Revista da AJURIS, nº 90. Porto Alegre, 2003, p. 55-84; ID., *Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, nº 21. Porto Alegre: Magister, 2007, p. 109-124; e, especialmente, o trabalho síntese de escola, ID., *Do formalismo no processo civil*. [1997] 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, *passim*.

¹¹¹ Aqui podem ser citados, entre outros, os trabalhos de ZANETI JR, HERMES. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; AMARAL, GUILHERME RIZZO. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; MITIDIERO, DANIEL. *Colaboração no processo civil*. [2009] 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; COHEN-KOPLIN, KLAUS. *Tutela jurisdicional mandamental*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), 2008; FLACH, DAISSON. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009; MATTOS, SÉRGIO LUÍS WETZEL DE. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; CARPES, ARTUR THOMPSEN. *Ônus Dinâmico da Prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; RUBIN, FERNANDO. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010; SCARPARO, EDUARDO. *As invalidades processuais na perspectiva do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

¹¹² A preocupação de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira com os resultados do processo marca igualmente a sua obra, como se pode conferir, entre outros, em ALVARO DE OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, *passim*.

tensão – notadamente os princípios da *efetividade* e da *segurança jurídica* –, insere-se precipuamente nessa perspectiva¹¹³.

Do ponto de vista dos *resultados exteriores* produzidos pelo processo, a insuficiente *garantia* de acesso à justiça, “retirada” da interpretação do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, foi substituída pelo *direito fundamental* à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, que impõe sejam colocados à disposição das partes e do juiz *meios* processuais adequados, capazes de conduzir a *resultados* práticos efetivos em *tempo* razoável. Segundo essa concepção, nenhuma posição jurídica reconhecida pelo direito material pode deixar de ser tutelada pelo processo em razão de insuficiência das formas de tutela jurisdicional ou das técnicas processuais¹¹⁴. Os trabalhos de Luiz Guilherme Marinoni¹¹⁵ e de seus discípulos diretos¹¹⁶ caracterizam de forma destacada, ilustrativamente, essa preocupação da doutrina, que colocou a efetividade do processo civil em um novo patamar. Sobre isso, é emblemática a proposta do eminente professor paranaense em teorizar a “ação” não mais a partir do conceito de ação de direito material, mas segundo um esquema-padrão de tutela dos direitos, que traça uma linha unindo e aproximando direito e processo: inicia com a delimitação da posição jurídica reconhecida pelo direito material (direito potestativo, pretensão, faculdade, etc.), passa pela identificação da forma de tutela do direito capaz de lhe dar proteção (tutela

¹¹³ Conforme explica ALVARO DE OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Revista de processo, nº 137. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 7-31, item.

¹¹⁴ A passagem a seguir é emblemática dessa nova abordagem: “Não tem cabimento entender que há direito fundamental à tutela jurisdicional, mas que esse direito pode ter a sua efetividade comprometida se a técnica processual houver sido instituída de modo incapaz de atender ao direito material. Imaginar que o direito à tutela jurisdicional é o direito de ir a juízo através do procedimento legalmente instituído, pouco importando a sua idoneidade para a efetiva tutela dos direitos, seria inverter a lógica da relação entre o direito material e o direito processual. (...) Isso significa que a ausência de técnica processual adequada para certo caso conflitivo concreto, representa hipótese de omissão que atenta contra o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional” (MARINONI, LUIZ GUILHERME. *O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Gênesis Revista de Direito Processual Civil, nº 28. Curitiba: Gênesis, 2003, p. 305-306).

¹¹⁵ A esse respeito, entre outros, ver MARINONI, LUIZ GUILHERME. *O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Gênesis Revista de Direito Processual Civil, nº 28. Curitiba: Gênesis, 2003, p. 298-338; ID., *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; ID., *Teoria geral do processo*. [2006] 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008; ID., *O direito à adequada tutela jurisdicional. O caso da proibição da concessão das liminares e da execução provisória da sentença nas ações cautelares e no mandado de segurança*. Revista dos Tribunais, nº 661. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 243-247; ID., *A técnica da cognição e a construção de procedimentos adequados à tutelados direitos*. Revista Forense, nº 325. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 51-56; ID., *Tutela inibitória: a tutela de prevenção do ilícito*. Revista Gênesis de Direito Processual Civil, nº 2. Curitiba: Gênesis, 1996, p. 347-372; ID., *Tutela inibitória*. [1998] 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006; ID., *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

¹¹⁶ Aqui podem ser citados, entre outros, os trabalhos de DORIA, ROGÉRIA DOTTI. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. [2000] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; ARENHART, SÉRGIO CRUZ. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; ID., *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; e MITIDIERO, DANIEL. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

inibitória, tutela de remoção do ilícito, tutela ressarcitória, etc.), chega à individualização da forma de tutela jurisdicional capaz de propiciar essa proteção (tutela mandamental, tutela executiva *lato sensu*, tutela constitutiva, etc.) e resulta na escolha e aplicação das técnicas processuais idôneas a levar a efeito a concretização da posição jurídica reconhecida (técnica antecipatória, imposição de multa pecuniária, restrição de direitos, emprego de força policial, etc.)¹¹⁷.

De forma concomitante e imediata, foi necessário à doutrina processual incorporar também aos seus estudos a *nova teoria das normas*¹¹⁸, a fim de contar com instrumental teórico adequado para lidar com essas múltiplas interações normativas, envolvendo princípios, regras de diferentes *status* hierárquico, que impuseram uma nova forma de pensar o ordenamento jurídico e a função jurisdicional. De fato, se os direitos fundamentais passam a ter aplicação imediata, exigindo por vezes aplicação *direta* das normas que os estabelecem; se os direitos fundamentais exigem a interpretação e aplicação da legislação infraconstitucional de acordo com a sua força irradiante; e se muitas das disposições constitucionais que estatuem direitos fundamentais resultam em normas do tipo princípio, então é preciso saber lidar com a aplicação direta dessas normas principiológicas; é necessário conseguir resolver o problema da múltipla incidência de princípios com vetores que apontam para direções opostas; e é fundamental ter instrumentos capazes de dar conta do potencial conflito entre normas, do tipo *princípios* e do tipo *regras*, em diversos níveis, a demandar um segundo nível de normatividade e um novo tipo normativo – os *postulados normativos aplicativos* – para tornar possível também uma nova forma resolução de antinomias – a ponderação, a proporcionalidade e a razoabilidade, por exemplo, que se soma às vias tradicionais da declaração de invalidade de uma das normas e de criação de hipóteses de exceção. Nessa mesma esteira caminhou a atenção da doutrina para lidar com os desafios resultantes das novas formas de redação legal e técnica legislativa, por meio de cláusulas gerais e conceitos jurídicos propositalmente indeterminados, que potencializam a ínsita indeterminação dos textos normativos e exigem outra forma de aplicação normativa, por meio de operações de *concreção* em vez de simples *subsunção*¹¹⁹.

¹¹⁷ Para uma detalhada exposição sobre esse esquema-padrão de tutela dos direitos, ver MARINONI, LUIZ GUILHERME. *Teoria geral do processo*. [2006] 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 240-301.

¹¹⁸ Sobre a nova teoria das normas e os pontos tratados nas linhas subsequentes, ver, por todos, ÁVILA, HUMBERTO. *Teoria dos princípios*. [2003] 16ª edição, São Paulo: Malheiros, 2015, *passim*. Um dos primeiros trabalhos incorporando a nova teoria das normas ao discurso do processo civil foi de ALVARO DE OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. Revista da AJURIS, nº 87. Porto Alegre, 2002, p. 37-49.

¹¹⁹ Sobre o tema, ver, entre outros, MARTINS-COSTA, JUDITH. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 273-377; ÁVILA, HUMBERTO. *Subsunção e concreção na aplicação do direito*. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, ANTÔNIO PAULO (org.). *Faculdade de direito da PUCRS: o ensino jurídico no*

Esses novos influxos¹²⁰ impulsionaram a doutrina a livrar-se das amarras do formalismo *interpretativo* e a perceber, via de consequência, que a jurisdição no Estado Constitucional tinha um papel muito diferente do concebido pelo processualismo e mesmo pela instrumentalidade. A lei passou a ser percebida não mais como *norma*, mas como um *projeto* de solução, que deve ainda ser submetido à influência dos princípios constitucionais, em um processo de concretização: “a lei não é mais objeto, porém componente que vai levar à construção de uma *nova norma*, vista não como *texto legal*, mas sim como o *significado* da sua interpretação e, nesse sentido, como um *novo* ou *outro* objeto”¹²¹. Mudado o papel da lei no sistema, “a obrigação do jurista não é mais apenas a de *revelar* as palavras da lei, mas a de *projetar uma imagem*, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais”, “que têm qualidade de normas jurídicas” e “são vinculantes da interpretação da lei”¹²². Alterou-se, com isso, o papel do processo, para ser entendido como “instrumento de realização de valores constitucionais (...), como direito constitucional aplicado”¹²³.

Assim, passa-se a admitir que “a conformação da lei ou da legislação faz com que o juiz *crie*, mediante a interpretação ou o controle de constitucionalidade, uma *norma jurídica* para justificar a sua decisão”, de modo que “se nas teorias clássicas o juiz apenas *declarava a lei* (...), agora ele *constrói a norma jurídica* a partir da interpretação de acordo com a Constituição, do controle da constitucionalidade e da adoção da regra do *balanceamento* (ou da regra da *proporcionalidade* em sentido estrito) dos direitos fundamentais no caso concreto”¹²⁴. Em outras palavras, vem-se a admitir francamente que “toda interpretação de texto (...) exige em maior ou menor medida um ‘*fazer produtivo*’ e que “mesmo a regra clara e aparentemente unívoca pode ser transformada em certa medida, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, por valorações e ideias *do próprio juiz*”¹²⁵. E concluía a doutrina: “tudo isso é

limiar do novo século. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 413-456; DIDIER JR., FREDIE. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 56-67.

¹²⁰ O tripé dessa mudança própria da segunda constitucionalização – incorporação da metodologia dos direitos fundamentais, da nova teoria das normas e das novas técnicas legislativas – é indicado por MITIDIERO, DANIEL. *As relações entre o processo civil e a Constituição na primeira metade do século XX e sua breve evolução na doutrina processual civil brasileira*. Revista dos Tribunais, volume 915, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 50-60, item 4.

¹²¹ MARINONI, LUIZ GUILHERME. *Teoria geral do processo*. [2006] 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 47, grifou-se.

¹²² MARINONI, LUIZ GUILHERME. *Teoria geral do processo*. [2006] 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 47-48, grifou-se.

¹²³ ALVARO DE OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. Revista da AJURIS, nº 87. Porto Alegre, 2002, p. 38.

¹²⁴ MARINONI, LUIZ GUILHERME. *Teoria geral do processo*. [2006] 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 100 e 103, grifou-se.

¹²⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. Revista da AJURIS, nº 87. Porto Alegre, 2002, p. 42.

potencializado por dois fenômenos fundamentais de nossa época: o *afastamento do modelo lógico próprio do positivismo* jurídico, com a adoção de lógica mais aderentes à realidade jurídica, como a *tópica-retórica*, e a conseqüente intensificação dos *princípios*, sejam eles decorrentes de texto legal ou constitucional ou não”¹²⁶.

Sem obviamente negar os muitos e preciosos avanços proporcionados à dogmática processual por essa abordagem, que caracterizou a abertura da teorização do processo civil para os influxos do Estado Constitucional, é preciso observar que a natural e justificada *euforia principiológica* que tomou conta da doutrina e da prática especializadas a partir dessas duas novas perspectivas buscadas no direito constitucional e na teoria do direito proporcionou alguns *exageros* e problemas teóricos que, quase paradoxalmente, ameaçaram inclusive a efetividade do direito¹²⁷. E isso não foi sentido apenas no campo do processo civil, muito menos somente no Brasil: o movimento de abertura das disciplinas dogmáticas para incorporar as conquistas do constitucionalismo do segundo pós-guerra, notadamente o avanço da força normativa dos princípios e a irradiação dos direitos fundamentais, foi um fenômeno observável, por exemplo, também nas esferas do direito civil e administrativo e igualmente em outros países, notadamente da península ibérica e com grande repercussão na América-Latina¹²⁸, compondo um quadro danoso (que em outros tantos aspectos foi, em vez, positivo) do impacto do movimento conhecido como *neoconstitucionalismo*¹²⁹.

Embora muitas sejam as vertentes e múltiplas sejam as concepções consideradas por integrantes desse movimento, pode-se dizer em linhas gerais que, como característica de certo modo comum a seus adeptos, o neoconstitucionalismo passou a exaltar a prevalência das normas de tipo princípio sobre as normas de tipo regra, a aplicação das normas por meio de ponderação em vez de subsunção, a realização de justiça no caso particular em detrimento da realização da justiça geral, o papel do poder judiciário em detrimento do poder legislativo e a

¹²⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. Revista da AJURIS, nº 87. Porto Alegre, 2002, p. 38, grifou-se.

¹²⁷ ÁVILA, HUMBERTO. *Teoria dos princípios*. [2003] 16ª edição, São Paulo: Malheiros, 2015, p. 43.

¹²⁸ Cf. MICHELON, CLÁUDIO. *Princípios e coerência na argumentação jurídica*. In: MACEDO JR., RONALDO PORTO; BARBIERI, CATARINA HELENA CORTADA (orgs.). *Direito e interpretação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 261.

¹²⁹ Cf. BARBERIS, MAURO. *Genoa's realism: a guide for the perplexed*. Revista Brasileira de Filosofia, nº 240. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 19, o termo “neoconstitucionalismo” foi cunhado por POZZOLO, SUSANA. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 21-II. Alicante: Universidad de Alicante, 1998, p. 339-353. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcbk215>, consulta em 01.11.2017. Para um panorama geral sobre o *neoconstitucionalismo*, ver SARMENTO, DANIEL. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. [2009] Disponível em <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/16-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>, consulta em 01.11.2017.

aplicação da Constituição em substituição à lei¹³⁰. Raciocínio como o seguinte foi, então, vulgarizado: se os direitos fundamentais são as normas mais caras a um determinado ordenamento e foram inscritos na Constituição por meio de princípios, então decorreria a prevalência dos princípios sobre as regras; se os princípios devem ser aplicados por ponderação em vez de subsunção, então seria lícito dizer que aquele método prefere sempre a esse, sobretudo para autorizar o magistrado a buscar a melhor solução para o caso concreto, independentemente da ordenação geral e *prima facie* do sistema normativo estabelecida pelo legislador. Tudo para possibilitar ao julgador encontrar a solução ótima na dimensão particular, inclusive, se julgado necessário, com o afastamento da norma legal em prol da aplicação direta da Constituição¹³¹.

Como hoje é sabido, muitos foram – e seguem sendo – os problemas criados a partir desses e de outros excessos e distorções das propostas – em muitos aspectos bastante positivas e necessárias – desse movimento de efetividade constitucional. Um sensível problema característico do neoconstitucionalismo, no entanto, teve papel destacado na subversão da metodologia jurídica e merece aqui atenção especial: a ideia de que a aplicação dos princípios constitucionais poderia autorizar a *releitura* de regras constitucionais e infraconstitucionais e reconstrução de normas com sentido para além do *significado semântico mínimo* do texto normativo de suporte, prática que passou a ameaçar gravemente a própria função das regras (de eliminação ou diminuição dos conflitos de coordenação e conhecimento do direito) e do caráter orientador e heterolimitador das normas jurídicas, abrindo espaço a subjetivismos e arbitrariedades¹³². De fato, em razão de uma abordagem pouco rigorosa do ponto de vista da teoria do direito, sem a necessária atenção a critérios e limites, não raro se fez notar que, sob o respaldo de uma suposta interpretação constitucionalmente orientada, foram propostas,

¹³⁰ ÁVILA, HUMBERTO. “Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. [2008] Revista Eletrônica de Direito do Estado, nº 17. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2009, p. 1-19, em especial p. 1-2. Também destacando, em essência, essas características, POZZOLO, SUSANA. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional. Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 21-II. Alicante: Universidad de Alicante, 1998, p. 339-342. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcbk215>, consulta em 01.11.2017; e SARMENTO, DANIEL. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. [2009] Disponível em <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/16-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>, consulta em 01.11.2017, item 3.

¹³¹ Trata-se de síntese das principais críticas de ÁVILA, HUMBERTO. “Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. [2008] Revista Eletrônica de Direito do Estado, nº 17. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2009, p. 1-19, em especial p. 2.

¹³² ÁVILA, HUMBERTO. “Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. [2008] Revista Eletrônica de Direito do Estado, nº 17. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2009, p. 6 e 9; ZANETI JR, HERMES. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 110.

incentivadas e realizadas soluções para além dos limites de significado dos textos normativos considerados, deixando de lado sem qualquer rigor ou preocupação justificatória o *núcleo mínimo* de sentido das palavras, os seus *significados intersubjetivados*. Com isso, sob o pretexto de concretizar o texto constitucional, “provisório” foi entendido como *permanente*, “nunca” como *excepcionalmente*, “todos os casos” como *alguns* casos, “até trinta dias” como *cerca* de trinta dias¹³³.

Desse modo, como bem pontua a doutrina, ironicamente os princípios jurídicos, que originalmente foram concebidos como uma forma de combater a tese da *discricionariedade*, própria da reação com *viés* cético ao formalismo jurídico¹³⁴, e estabelecer critérios de racionalidade que limitam a decisão judicial, passaram no Brasil a ser mais comumente identificados como um instrumento que oferece ao juiz maior liberdade (e, portanto, *discricionariedade*) na resolução de casos, permitindo-lhe eliminar *sem esforço* eventuais dificuldades decorrentes de limitações impostas por regras complexas ou que destoam da particular concepção de justiça do julgador¹³⁵. Jogado em descrédito o parâmetro da legalidade, em razão da vulgarização da crítica do positivismo ideológico, notou-se o surgimento de um grupo que carregava os seus próprios códigos e impunha, inadvertidamente, suas próprias soluções, ao arrepio do direito legislado. Com isso, teve lugar o chamado *decisionismo*, isto é, o subjetivismo judicial, não passível de controle intersubjetivo, por meio de decisões ao mesmo tempo sem suporte *prima facie* no conteúdo imediato das normas do ordenamento jurídico e carentes de adequada justificação capaz de explicar o resultado contraintuitivo. Em uma palavra, decisões sem justificada argumentação racional e, por isso, arbitrárias¹³⁶.

¹³³ ÁVILA, HUMBERTO. *Teoria dos princípios*. [2003] 16ª edição, São Paulo: Malheiros, 2015, p. 53-54.

¹³⁴ Sobre isso, ver a proposta *eclética* de HART, HERBERT LIONEL ADOLPHUS. *The concept of law*. [1961] 2ª edição, Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 124-154, afirmando a existência de “casos fáceis” em que a linguagem do direito daria uma resposta certa e única e “casos difíceis” em que a solução dependeria de um juízo de *discricionariedade* do julgador; e a contundente crítica *cognitivista* de DWORKIN, RONALD. *The model of rules*. [1967] In: ID., *Taking rights seriously* [1977]. Cambridge: Harvard University Press, 14-45, combatendo a existência de espaços de *discricionariedade* sob o argumento de que os princípios indicariam uma resposta correta também para esses casos. Para um panorama geral sobre o debate sobre o positivismo analítico, sua crítica, e as soluções exclusivistas e inclusivistas, inclusive com uma nova proposta para que o positivismo enfrente de forma consistente e séria a crítica de Dworkin sem abrir mão de seus conceitos fundamentais, ver CHIASSONI, PIERLUIGI. *Positivismo giuridico*. Modena: Mucchi, 2013, p. 31 e ss; e MARANHÃO, JULIANO. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, *passim*.

¹³⁵ MICHELON, CLÁUDIO. *Princípios e coerência na argumentação jurídica*. In: MACEDO JR., RONALDO PORTO; BARBIERI, CATARINA HELENA CORTADA (orgs.). *Direito e interpretação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 261; ZANETI JR., HERMES. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 21.

¹³⁶ ÁVILA, HUMBERTO. *Teoria dos princípios*. [2003] 16ª edição, São Paulo: Malheiros, 2015, p. 45; ZANETI JR., HERMES. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 249.

A constatação desse problema, que não demorou a ser sentido e notado, evidenciou um descompasso da dogmática brasileira em geral – e da doutrina processual em especial – com os estudos e avanços da teoria geral do direito, em especial da teoria da interpretação, especialmente da literatura produzida a partir do último quarto do século XX. De fato, a mesma doutrina que argutamente percebeu a necessidade de incorporação da metodologia dos direitos fundamentais e das concepções da nova teoria das normas ao discurso processual ainda não trabalhava com desenvoltura ou atualidade os principais temas da teoria da interpretação jurídica. As principais atenções desses autores recaíam sobre a necessidade de uma lógica jurídica diferente da apodíctico-dedutiva, capaz de lidar com uma realidade mais afeita ao problema complexo da aplicação do direito, na linha da reação tópico-retórica ao positivismo clássico. Nesse sentido, discursava-se principalmente sobre a necessidade de uma espécie de retorno ao passado pré-moderno, sobre a colocação da lógica do *iudicium* em lugar do *processus*, sobre o *mos italicus* em lugar do *mos gallicus*, sobre a necessidade valorização do método tópico-argumentativo de Theodor Viehweg¹³⁷ [1907-1988], sobre a importância da racionalidade prática e da nova retórica de Chaïm Perelman [1912-1984] e Lucie Olbrechts-Tyteca [1899-1987]¹³⁸. Em tal ambiente, exaltava-se a necessidade de reforçar as posições processuais fundamentais, de se garantir um contraditório forte, que submetesse inclusive o juiz, a ponto de fazê-lo refletir na fundamentação a influência recebida durante o diálogo processual do qual decorre a decisão¹³⁹. Esse discurso pouco tinha de equivocado; mas se revelava *insuficiente*. Com efeito, embora representasse uma importante e correta *intuição*, trabalhava com conceitos e termos pouco precisos, que conseguiram impactar apenas de modo parcial a adequação do raciocínio judicial a um método criterioso e racional no ambiente processual. Faltava um instrumental teórico mais atualizado, em termos de teorias da interpretação e da argumentação jurídicas para fazer frente de maneira consistente aos problemas práticos apresentados¹⁴⁰.

¹³⁷ Ver a respeito VIEHWEG, THEODOR. *Tópica e jurisprudência*. [1954] Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

¹³⁸ Ver a respeito, PERELMAN, CHAÏM; OLBRECHTS-TYTECA, LUCIE. [1958] *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

¹³⁹ Sobre o tema, ver por exemplo ALVARO DE OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Revista de processo, nº 137. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 7-31, item 3; ZANETI JR., HERMES. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 67-91; MITIDIERO, DANIEL. *Colaboração no processo civil*. [2009] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 46-47.

¹⁴⁰ Contra, entendendo que já o formalismo-valorativo de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira estava em dia com os desenvolvimentos mais atuais da teoria da interpretação e da argumentação jurídicas, “plenamente ciente da distinção entre texto e norma, da filosofia analítica desenvolvida pela Escola de Gênova, a começar por Giovanni Tarello, e da importância da hermenêutica filosófica para a compreensão do direito”, ZANETI JR., HERMES;

Sem embargo, estava muito claro que nesse estágio de evolução da doutrina processual tinham-se muitos novos elementos para lidar com o processo civil e que não pertenciam ao paradigma metodológico da *instrumentalidade*: resumidamente, além da preocupação com que o processo servisse definitivamente à realização do direito material, destacavam-se a revalorização do processo como fenômeno cultural, o influxo da metodologia dos direitos fundamentais e da nova teoria das normas, a modificação do papel da jurisdição, a colocação do processo como polo metodológico, a preocupação com a ampla possibilidade de participação no ambiente processual de todos os sujeitos que nele tomavam parte, a colaboração do juiz para com as partes, a obstinação pela obtenção de uma decisão que fizesse justiça ao caso. Tudo isso justificava, desde logo e com razão, que se cogitasse a respeito da instituição de uma *nova fase metodológica* do processo civil brasileiro, que entre muitos se convencionou chamar de *formalismo-valorativo*¹⁴¹, mas cuja denominação foi – e segue sendo – muito discutida¹⁴².

4. A Consolidação de um Novo Paradigma Metodológico: a Teoria do Direito e a Abertura da Dogmática Processual para a Interpretação e Argumentação Jurídicas

A tomada de consciência de que o juiz exerce atividade, por assim dizer, *criativa* e não meramente *cognitiva* no processo interpretativo – isto é, que sua tarefa no julgamento da causa não implica simplesmente *descobrir* normas preexistentes, de maneira pronta, no ordenamento, mas *reconstruir* a partir dos dispositivos normativos a norma a ser aplicada para dar a solução mais adequada ao caso – ressonava na doutrina processual. Já havia, em alguma medida,

MADUREIRA, CLÁUDIO. *Formalismo-valorativo e o novo processo civil*. Revista de Processo, nº 272. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 85-125, item 3 e nota 96.

¹⁴¹ ALVARO DE OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Revista de processo, nº 137. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.7-31, item 3; ID., *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 133-134; ZANETI JR., HERMES. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 44; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. [2009] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 50-52. Sobre o tema, mais recentemente, destacando as diferenças entre o marco teórico da *instrumentalidade* e do *formalismo-valorativo* ZANETI JR., HERMES; MADUREIRA, CLÁUDIO. *Formalismo-valorativo e o novo processo civil*. Revista de Processo, nº 272. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 85-125. Também entre as primeiras vozes destacando esse ambiente como uma nova fase metodológica, DIDIER JR., FREDIE. *Curso de direito processual civil*. Volume 1 [2003], 12ª edição, Salvador: Juspodivm, 2010, p. 28.

¹⁴² Para esse debate, ver DIDIER JR., FREDIE. *Curso de direito processual civil*. Volume 1 [2003], 12ª edição, Salvador: Juspodivm, 2010, p. 28-29, que adota a expressão *neoprocessualismo*, para caracterizar a vinculação com o ambiente (em seus aspectos positivos) do neoconstitucionalismo; ZANETI JR., HERMES; MADUREIRA, CLÁUDIO. *Formalismo-valorativo e o novo processo civil*. Revista de Processo, nº 272. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 85-125, em especial item 3; e MITIDIERO, DANIEL. *Colaboração no processo civil*. [2009] 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 48-51, que, como já indicado (nota 12, *supra*), nessa terceira edição de sua obra deixou de denominar essa nova fase metodológica do direito processual civil brasileiro como *formalismo-valorativo*, passando a utilizar a denominação “processo civil no estado constitucional”.

estudos com alusões a conceitos mais atualizados da teoria da interpretação¹⁴³ e da argumentação jurídicas¹⁴⁴. Mas ainda faltava colocar esse discurso proveniente da teoria do direito no centro das atenções da dogmática do processo civil e a partir dele tirar soluções para o funcionamento dos institutos direito processual – tal como havia sucedido com o enfoque dado sobre a metodologia dos direitos fundamentais e as conquistas a partir dali obtidas.

Isso começou a acontecer quando a inquietude da doutrina processual mais atilada resultou na busca por *novos instrumentos* para dar conta do sentimento de insegurança e iniquidade que a propagação do decisionismo, próprio do impacto negativo do neoconstitucionalismo, fazia reverberar. Considerando a posição de especial destaque que o Poder Judiciário ocupa no arranjo político-jurídico nacional, o poder-dever de controle de constitucionalidade dos atos dos demais poderes que recai sobre todos os juízes de forma difusa, aliado ao controle concentrado a cargo do Supremo Tribunal Federal, a introdução de dispositivos normativos constitucionais e infraconstitucionais com textura especialmente aberta e autoaplicabilidade, era necessário repensar o próprio controle dos atos judiciais, para garantir a racionalidade, universalidade e coerência das decisões.

¹⁴³ Vejam-se, nesse sentido, exemplificativamente, as seguintes passagens: “a lei não é mais objeto, porém componente que vai levar à construção de uma *nova norma*, vista não como *texto* legal, mas sim como o *significado* da sua interpretação e, nesse sentido, como um *novo* ou *outro* objeto” (MARINONI, LUIZ GUILHERME. *Teoria geral do processo*. [2006] 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 47); “Cada vez mais se afirma o entendimento de que o intérprete, o aplicador do Direito, entre eles o juiz, chamado intérprete autêntico (Kelsen), interpreta não normas, mas textos normativos e representações fática. O produto da interpretação é a norma, a norma de decisão, no caso do juiz” (ALVARO DE OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 133); “a função jurisdicional passa a ser encarada como uma função essencial ao desenvolvimento do Direito, seja pela estipulação da norma jurídica do caso concreto, seja pela interpretação dos textos normativos, definindo-se a norma geral que deles deve ser extraída e que deve ser aplicada a casos semelhantes. Estabelece-se, ainda, a distinção teórica entre *texto* e *norma*, sendo essa o produto da interpretação daquele” (DIDIER JR., FREDIE. *Curso de direito processual civil*. Volume 1 [2003], 12ª edição, Salvador: JusPodivm, 2010, p. 25). Sobre o ponto, afirmando que alguns autores da doutrina processual civil “já colhiam os frutos das primeiras críticas ao cognitivismo interpretativo” e citando, nesse sentido, Ovídio Baptista e Alvaro de Oliveira, MITIDIERO, DANIEL. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. [2016] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 67, nota 234.

¹⁴⁴ Conforme é possível ver em MARINONI, LUIZ GUILHERME. *Teoria geral do processo*. [2006] 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 125-133, com indicação de importantes estudos de argumentação jurídica, além de Viehweg e Perelman/Olbrecht-Tyteca, tais como Neil MacCormick, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Aulis Aarnio, Aleksander Peczenick e Jürgen Habermas. Confirma-se, exemplificativamente, o seguinte trecho: “É evidente que a necessidade de compreensão da lei a partir da Constituição aumenta o risco de subjetividade das decisões judiciais, o que vincula a legitimidade da prestação jurisdicional à sua precisa justificação. Como explica Jerzy Wróblewski, justificar uma decisão judicial consiste em dar-lhe as razões apropriadas. Assim, o problema da legitimidade da tutela jurisdicional, no Estado contemporâneo, está em verificar se é possível justificar a decisão do juiz, ou melhor, encontra-se na definição daquilo que assegura a aceitabilidade racional dessa decisão (...) Acontece que uma decisão não é racional em si, pois a racionalidade da decisão não é atributo dela mesma. Uma decisão ‘se mostra’ racional ou não. Para tanto, necessita de ‘algo’, isto é, da racionalidade da argumentação que a fundamenta. Essa argumentação, a cargo da jurisdição, é que pode demonstrar a racionalidade da decisão e, nesse sentido, a ‘decisão correta’ ou a ‘decisão aceitável’” (p. 125-126)

Um *primeiro diagnóstico* do problema fez ver que o direito brasileiro em especial – e os ordenamentos ligados à tradição continental em geral, mercê dos dogmas ligados ao ciclo constitucional francês, como a ideia de separação de poderes e de vinculação do juiz somente à lei – ressentia-se da falta de institutos capazes de lidar com o rescaldo da ruptura com os *mitos* do formalismo interpretativo, decorrente do advento do Estado Constitucional. De fato, revelado o equívoco das ideias sobre a suposta univocidade da lei e sobre a natureza meramente declaratória da interpretação, surgiu um vazio conceitual, que se via preenchido por uma realidade em que, na ausência de critérios, as disposições normativas passaram a ser ultrapassadas com pouco ou nenhum constrangimento pelas partes em suas postulações e pelos juízes em suas decisões. A falta de certeza jurídica causava preocupação¹⁴⁵ e evidenciava a necessidade de contar com algum aparato capaz de recuperar a vinculatividade *ao e do* direito e, assim, recuperando a segurança jurídica, ter condições de promover a igualdade e a liberdade no direito brasileiro.

Foi nesse contexto que, em ensaio publicado no ano de 2009, Luiz Guilherme Marinoni escreveu: “O *civil law* carrega, a partir das bandeiras da Revolução Francesa, dogmas que ainda servem para negar conceitos e institutos que, muito embora não aderentes à sua teoria e tradição, mostram-se indispensáveis diante da prática e da realidade de países que se formaram a partir da *doutrina da separação estrita entre os poderes* e da *mera declaração judicial da lei*. Não obstante as transformações que se operaram no *civil law* – inclusive nas *concepções de direito* e de *jurisdição*, marcadamente em virtude do impacto do constitucionalismo – e as especificidades do sistema brasileiro – que se submete ao controle difuso da constitucionalidade da lei –, há notória resistência, para não se dizer indiferença, a institutos do *common law* de grande importância ao aperfeiçoamento do nosso direito, como é o caso do respeito aos *precedentes*”. E concluía: “Este trabalho pretende demonstrar (...) a *necessidade* de se render *respeito aos precedentes* no direito brasileiro. Num sistema que, ao expurgar os dogmas, depara-se com a realidade inafastável de que *a lei é interpretada de diversos modos*, não há outra alternativa para se preservar a *igualdade* perante a lei e a *segurança jurídica*”¹⁴⁶.

¹⁴⁵ ARRUDA ALVIM, TERESA. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo, nº 172. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 121-174, item 1.

¹⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Revista de Processo, nº 172. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 175-232, item 1, grifou-se.

O estudo antecipou a tônica da monografia publicada no ano seguinte¹⁴⁷ pelo insigne professor paranaense e que impactou fortemente a dogmática processual com uma renovada proposta de entendimento da *teoria das fontes normativas* no direito brasileiro¹⁴⁸ – os precedentes como fonte primária do direito – e de abandono do dogma do *legalismo*, próprio do positivismo ideológico Oitocentista¹⁴⁹, axioma esse que, como a polêmica que se seguiu revelou, continua fortemente arraigado nas concepções da generalidade da doutrina processual nacional. Os problemas decorrentes do mito da exclusividade da lei como fonte primária do direito no ordenamento brasileiro, desfeito não só em razão das mudanças decorrentes do chamado “pós-positivismo”, mas também em razão de alterações do direito positivo – cite-se, como exemplo, a instituição do conceito de “jurisprudência dominante”¹⁵⁰ e das súmulas vinculantes¹⁵¹ –, já eram objeto de atenção da doutrina processual¹⁵². Mesmo assim, é possível dizer que a obra de Marinoni foi responsável pela instauração definitiva de um profícuo debate sobre o papel dos precedentes como fonte do direito no Brasil.

Por óbvio, pulularam críticas à proposta de se adotar, entre nós, uma doutrina de precedentes obrigatórios – boa parte delas centrada na suposta incompatibilidade paradigmática do nosso sistema com essa que seria uma tentativa de “*commonlização*”¹⁵³ do direito brasileiro. Tal objeção, baseada no argumento de uma suposta autonomia metodológica do *common law*, não se revelava precedente no plano da teoria do direito¹⁵⁴ e já havia inclusive sido rejeitada anos antes mesmo no âmbito da dogmática processual, por José Rogério Cruz e Tucci, que em trabalho monográfico de fôlego sobre a história do precedente judicial como fonte do direito havia advertido para a circunstância de que “sobre o prisma da história do direito moderno, os sistemas de direito codificado também conheceram, além da força natural dos *precedentes*

¹⁴⁷ MARINONI, LUIZ GUILHERME. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

¹⁴⁸ Aqui considerado o estado de coisas formado após o impacto da modernidade jurídica no direito brasileiro, decorrente sobretudo do advento do Código Civil de 1916 e do Código de Processo Civil de 1973, já que antes disso, a nossa tradição jurídica tinha grande abertura para a influência da doutrina e da jurisprudência, como já havia sido detectado por LIEBMAN, ENRICO TULLIO. *Instituti del diritto comune nel processo civile brasiliano*. [1948] In: ID., *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962. Sobre o tema, consulte-se também ZANETI JR., HERMES. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 75 e ss..

¹⁴⁹ CHIASSONI, PIERLUIGI. *L'Indirizzo analitico nella filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2009, p. 117; ID., *Positivismo giuridico*. Modena: Mucchi, 2013, p. 24.

¹⁵⁰ Lei nº 9.756/1998.

¹⁵¹ Emenda constitucional nº 45/2004.

¹⁵² Veja-se, por exemplo, CRUZ E TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, *passim*; ZANETI JR., HERMES. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 235-261.

¹⁵³ Exemplificativamente, STRECK, LENIO LUIZ; ABOUD, GEORGES. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*. [2013] 3ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 9.

¹⁵⁴ Para uma crítica à apregoada autonomia metodológica do *common law*, ver, por todos, BUSTAMANTE, THOMAS DA ROSA DE. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 1-123.

persuasivos, precedentes com eficácia vinculante”, de que “o *usus do precedente*, acentuado na casuística, constitui um método cuja característica fundamental independe da época, do sistema jurídico ou da natureza da função exercida pelas pessoas que o empregam” e, citando Martin Kriele, de que “na realidade jurídica, os precedentes gozam, para os juízes dos sistemas de tradição romanística, da mesma importância que ostentam aos juízes da *common law*”¹⁵⁵. Realmente, a contraposição imaginária entre a prevalência do direito de origem legislativa na *civil law* e o direito de origem jurisprudencial na *common law* nada mais é senão um ideário vulgarizado. Os países da tradição da *common law* orientam-se a partir de uma grande quantidade de *statutes*, direito de fonte legislativa, sendo contemporaneamente quase um mito a ideia de um direito unicamente com origem jurisprudencial: como explica MacCormick, “mesmo em países de ‘common law’, o direito jurisprudencial [*case law*] puro é bastante raro. Muito do direito jurisprudencial [*case law*] atualmente toma a forma de interpretação [*glosses*] de direito de origem legislativa [*statute law*]”¹⁵⁶.

Atenta a isso, a doutrina processual mais perspicaz teve condições de fazer um *segundo diagnóstico*: o verdadeiro ponto de inflexão estava na tomada de consciência sobre o *papel da interpretação* para o significado do direito, que no curso dos Novecentos observou um movimento que foi da prévia *determinação* (formalismo ingênuo) à *dupla indeterminação* (antiformalismo) do direito, isto é “da suposição de que o direito é algo *totalmente determinado* em um momento prévio à interpretação, próprio à oitocentista teoria cognitivista, à percepção de que o direito é *duplamente indeterminado*, sendo justamente papel da interpretação *precisar contextualmente o seu significado*”¹⁵⁷. E era justamente isso que, no fundo, implicava repensar não só a organização do sistema judiciário, como mais propriamente o funcionamento do sistema jurídico. Foi a partir daí, então, que se passou a trabalhar no âmbito da dogmática processual civil brasileira o papel das cortes, diferenciando-se entre cortes de justiça, cuja função precípua é a tutela do direito em perspectiva particular, do caso, e cortes de precedentes, que têm como função principal a tutela da ordem jurídica, em perspectiva geral, dando conta da reorganização do sistema judiciário¹⁵⁸. E foi igualmente a partir dessa perspectiva que se

¹⁵⁵ CRUZE TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 23-24. A obra de Marinoni, igualmente com consistente embasamento e anteendo eventual objeção nesse sentido, já havia sublinhado as diferença entre os conceitos de *stare decisis* e de *common law*, a repelir essa linha de argumentos contra a adoção de um sistema de precedentes vinculantes (MARINONI, LUIZ GUILHERME. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 33-35).

¹⁵⁶ MACCORMICK, NEIL. *Rhetoric and the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 144.

¹⁵⁷ MITIDIERO, DANIEL. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. [2016] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 53 e 53-65.

¹⁵⁸ MITIDIERO, DANIEL. *Cortes superiores e cortes supremas*. [2013] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, *passim*; MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. São Paulo: Revista dos

visualizou, com grande perspicácia, a importância dos precedentes para a reconstrução do sistema jurídico, enquanto instrumentos capazes de dar unidade ao direito, como produto da interpretação judicial da legislação que define o seu significado¹⁵⁹, tendo as cortes supremas justamente essa função¹⁶⁰. As preocupações então voltaram-se para a necessidade de se repensar a forma como o direito é produzido, evidenciando a perfeita compatibilidade de uma teoria dos precedentes vinculantes com o arranjo jurídico e político do Estado Constitucional brasileiro¹⁶¹. Trata-se de temas que “longe de serem problemas particulares – ligados a uma determinada tradição ou ao direito de um dado país – (...) têm uma envergadura geral e transcendem as ordens jurídicas”¹⁶². E foi nesse quadrante que o problema dos precedentes no direito brasileiro passou a ser situado: dentro de uma teoria lógico-argumentativa do direito, percebendo-se que norma é o *resultado* da interpretação, e não propriamente o seu *objeto*; e que a jurisdição *colabora* com o legislador para a produção e efetivação do direito, passou-se a trabalhar com um *outro paradigma* para a densificação da segurança jurídica e para a proteção da liberdade e da igualdade de todos diante da ordem jurídica, a partir de parâmetros *racionais* que permitam um *controle intersubjetivo* das valorações e escolhas interpretativa sobre o significado do direito¹⁶³.

É notável, assim, que a introdução do debate sobre a importância de se problematizar e discutir no âmbito da dogmática processual a temática do precedente e de sua natureza obrigatória tenha se revelado fundamental para que a ciência do processo finalmente abrisse os olhos para os temas mais atuais da teoria do direito e, assim, adquirisse condições teóricas de lidar de forma mais preparada com os problemas de falta de racionalidade no direito detectados logo após o impacto do neoconstitucionalismo. De fato, a preocupação e o debate gerados com a necessidade de introdução de uma *teoria dos precedentes* no direito brasileiro, e a análise atenta para o seu aspecto metodológico, revelaram a ligação imediata existente dessa temática com a *teoria da argumentação* e, por aí, com a *racionalidade* do procedimento de aplicação do direito que se dá no ambiente processual: “é pela via das teorias da argumentação jurídica que

Tribunais, 2013, *passim*; ZANETI JR., HERMES. *Precedentes (treat like cases alike) e o novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo, nº 235. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 293-349, item 2.

¹⁵⁹ MITIDIERO, DANIEL. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. [2016] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 68.

¹⁶⁰ MITIDIERO, DANIEL. *Cortes superiores e cortes supremas*. [2013] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 28 e 97.

¹⁶¹ Conforme demonstrado pela monografia de ZANETI JR., HERMES. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, *passim*.

¹⁶² MITIDIERO, DANIEL. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. [2016] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 13.

¹⁶³ MITIDIERO, DANIEL. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. [2016] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 17.

o Judiciário, mesmo carente da representação democrática característica do Poder Legislativo, pode legitimar as normas jurídicas que ele deixa assentadas em suas decisões. A teoria dos precedentes, a teoria da argumentação jurídica e a teoria do Direito passam a fazer parte de um único tipo de discurso em que cada decisão concreta é considerada como uma norma universalizável que merece passar por um discurso de justificação e, num momento posterior, ser imparcialmente aplicada. Nesse ‘Constitucionalismo discursivo’, na linguagem de Alexy, a técnica do precedente é considerada um importante aspecto da racionalidade prática, haja vista que a exigência de considerar as decisões anteriores encontra fundamento não mais apenas em fatores institucionais, mas também em fatores extrainstitucionais (intrinsecamente racionais), que são tão importantes quanto os primeiros”¹⁶⁴. Com efeito, “uma teoria da argumentação jurídica que deixe de considerar a relevância dos *precedentes judiciais* perderia um dos mais característicos aspectos da justificação jurídica”¹⁶⁵.

Desse modo, as teorias da interpretação e da argumentação jurídicas passaram ao centro do debate do processo civil, imiscuindo-se na sua dogmática. Hoje, já é possível ao processualista identificar-se de forma mais segura com correntes provenientes da filosofia do direito, mormente da analítica e da hermenêutica, que dividem o centro das atenções e guiam a produção científica do processo civil contemporâneo¹⁶⁶. Um cenário absolutamente inexistente, ao menos de maneira consciente, poucos anos atrás. Com isso, a partir desse momento, foi dado o passo definitivo para propiciar a consolidação de um novo paradigma metodológico nos estudos do direito processual civil, já que, além de incorporar os aportes da teoria dos direitos fundamentais e da nova teoria das normas, a dogmática processual civil passou a se interessar de forma mais consistente pelos temas da teoria do direito, especialmente pelos temas ligados à interpretação e à argumentação jurídicas. A fecundidade intelectual da interação entre a teoria do direito e a dogmática processual trouxe para o universo concreto das reflexões dogmáticas

¹⁶⁴ BUSTAMANTE, THOMAS DA ROSA DE. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 541.

¹⁶⁵ CRUZ E TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 18.

¹⁶⁶ Vejam-se, por exemplo, já incorporando expressamente em seu texto o debate proveniente da teoria do direito e aplicando-o para propor soluções a problemas do direito processual civil, as monografias de ABREU, RAFAEL SIRANGELO DE. *Igualdade e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; MOTTA, OTÁVIO VERDI. *Justificação da decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; OLIVEIRA, PAULO MENDES DE. *Coisa julgada e precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; PAULA RAMOS, VITOR DE. *Ônus da prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; KOICHEM, RONALDO LUIZ. *A fundamentação da decisão judicial: objeto e critérios de controle*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), 2016; LANES, JÚLIO CÉSAR GOULART. *Fato e direito no processo civil cooperativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; PEREIRA, PAULA PESSOA. *Legitimidade dos precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; SCHMITZ, LEONARD ZIESEMER. *Fundamentação das decisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; PEREIRA, CARLOS FREDERICO BASTOS. *O controle da decisão judicial no processo civil: a contribuição da hermenêutica e da analítica para um modelo de fundamentação adequado ao paradigma da linguagem*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), 2017.

o aporte teórico buscado na teoria do direito, necessário para lidar com fenômenos pouco compreendidos por juristas dessa ciência especializada¹⁶⁷. Para ficar com apenas um exemplo, essa aproximação foi responsável por ressignificar completamente na doutrina processual civil brasileira o conteúdo do dever de fundamentação das decisões previsto no artigo 93, inciso IX, da Constituição da República¹⁶⁸, trazendo para a realidade do processo os conceitos de *justificação interna* – como correção *lógica* e completude da fundamentação – e *justificação externa* – como adequação *argumentativa* das escolhas das premissas empregadas na justificação interna. Algo que apenas foi possível a partir do entendimento de que o “novo significado da interpretação jurídica tem um grande impacto sobre o conceito de jurisdição – cuja existência depende de um *adequado discurso justificativo* – e sobre o conceito de fundamentação – que depende de uma *adequada formulação*”¹⁶⁹.

Desse modo, a nova fase metodológica dos estudos de processo civil, que emergira com a incorporação da metodologia dos direitos fundamentais e da nova teoria das normas ao discurso processual, marca do *formalismo-valorativo*, foi finalmente consolidada e, mais do que isso, desenvolvida, com a fundamental adição da teoria do direito. Cumprida essa última etapa, que faltava, pode-se dizer que *precisamente aqui* está o ponto de virada para o *atual momento metodológico* do direito processual civil brasileiro: a determinante compreensão de que do conhecimento do estágio atual das elaborações teóricas da teoria da interpretação jurídica e da sua incorporação ao discurso da dogmática do processo civil depende a continuidade do desenvolvimento da ciência do processo. Em uma paráfrase, pode-se dizer que, desse modo, finalmente “são criadas condições para incorporar a justiça no debate jurídico, *sem comprometimento da racionalidade argumentativa*”¹⁷⁰. A aplicação desse conhecimento para a releitura e reconstrução dos seus institutos de forma alinhada com essas premissas teóricas distingue esse novo momento dos estudos de processo civil no direito brasileiro.

Esse marco de definitiva ruptura com o formalismo epistemológico que pautou por décadas a estruturação e elaboração teóricas do processo civil brasileiro e de seus institutos, bem assim de alinhamento do direito processual positivo infraconstitucional com os direitos fundamentais, é assinalado pelo advento do Código de Processo Civil de 2015. O Capítulo I do Título Único do Livro I da Parte Geral do Código, destinado às “Normas Fundamentais do

¹⁶⁷ MELLO, CLÁUDIO ARI. *Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo, nº 255. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 63-90, item 1.

¹⁶⁸ Sobre o tema, vejam-se exemplificativamente os trabalhos de Otávio Motta, Leonard Schmitz e Ronaldo Kochem, citados na nota 166, *supra*.

¹⁶⁹ MARINONI, LUIZ GUILHERME; ARENHART, SÉRGIO CRUZ; MITIDIERO, DANIEL. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. Volume 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 116-118.

¹⁷⁰ ÁVILA, HUMBERTO. *Teoria dos princípios*. [2003] 16ª edição, São Paulo: Malheiros, 2015, p. 47.

Processo Civil”¹⁷¹, inaugura e dá a tônica do novo diploma. Ali estão inseridos os primeiros doze artigos do Código, com disposições capazes de dar origem a normas de natureza, fundamentalidade e eficácia diversas, mas emblemáticas. Com efeito, nessa parte encontram-se tanto dispositivos normativos que reafirmam (art. 1º; art. 3º, *caput*; art. 11) e que densificam direitos fundamentais processuais de primeira e segunda dimensões (art. 4º, art. 5º; art. 6º; art. 7º; art. 8º; art. 9º; art. 10), como também artigos que consagram “princípios” estruturantes tradicionais do processo civil (art. 2º). Há ainda disposições que evidenciam opções feitas pelo legislador do novo Código para tentar contornar graves pontos de estrangulamento do sistema de justiça civil (art. 3º, §§ 2º e 3º, e art. 12). Os direitos fundamentais e dispositivos normativos que se valem das novas técnicas legislativas próprias do Estado Constitucional penetram definitivamente na ordem jurídica infraconstitucional, sem abandonar as importantes concepções tradicionais da processualística. Por outro lado, há disposições que evidenciam a compreensão do legislador com a pervasividade da indeterminação dos textos legais: o novo Código não se satisfaz como uma concepção formalista da interpretação jurídica e, em diversos dispositivos, de que são paradigmáticos aqueles destinados a regular com minúcias no plano infraconstitucional o funcionamento do dever de fundamentação adequada das decisões (art. 489, §§1º e 2º) e que regram em parte o funcionamento do sistema de precedentes obrigatórios (arts. 926 e 927), finalmente dá claras indicações do já tardio reconhecimento daquela que é uma característica marcante da teoria do direito da segunda metade do século XX, isto é, que os enunciados normativos sempre contêm um nível significativo de indeterminação e que seu significado deve ser fixado por um ato de escolha decisória¹⁷². Veja-se também, para dar mais um exemplo, a modificação da hipótese tradicional de cabimento de ação rescisória, antes possível em face de violação de “literal disposição de lei” (art. 485, V, CPC-1973) e agora em face de violação manifesta de “norma jurídica”: apenas a partir da consciência de que o Código Revogado pressupunha um dos clássicos dogmas do formalismo interpretativo – de que a lei contém a norma – e de que o Código Novo parte da dissociação entre dispositivo e norma e, assim, da ideia de norma como produto da adscrição de significado ao dispositivo é possível adequadamente teorizar a respeito de quando a ação rescisória será cabível nessa hipótese. Um trabalho de análise dogmática sobre um tema especializado de direito processual civil que

¹⁷¹ Sobre o tema, ver COHEN-KOPLIN, KLAUS. *O novo CPC e os direitos fundamentais processuais: uma visão geral, com destaque para o direito ao contraditório*. [2015] Disponível em https://www.academia.edu/11854909/O_novo_CPC_e_os_direitos_fundamentais_processuais, consulta em 03.08.2015.

¹⁷² MELLO, CLÁUDIO ARI. *Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo, nº 255. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 63-90 item 1.

difícilmente poderá ser feito sem o necessário recurso às discussões atuais da teoria do direito sobre os tipos de interpretação e seus limites¹⁷³.

Por conseguinte, a consciência da normatividade dos direitos fundamentais, do abalo do modelo lógico-formal da ciência jurídica oitocentista e do viés lógico-argumentativo do direito contemporâneo passam a concorrer também no plano do direito positivo e passam a exigir que o processo seja redimensionado e assuma feições um tanto quanto diversas. A compreensão e a aplicação do direito processual civil não pode prescindir, na atualidade, de toda essa nova metodologia, de todo esse novo repertório teórico que municia o jurista contemporâneo¹⁷⁴. Como muito bem já se disse, “uma adequada ligação da teoria do direito, do Estado Constitucional e da teoria dos direitos fundamentais com a teoria do processo civil (...) depende de uma doutrina consciente da relatividade histórica do direito e do processo capaz de traduzir a cultura de seu tempo na sua interpretação”¹⁷⁵.

É no embalo desse *novo paradigma* e ciente desse papel da doutrina para a *construção* do novo processo civil brasileiro que a tese é proposta. Seu objeto é um tema hoje raramente visto e, por isso, carente de tratamento científico adequado: a *interpretação da decisão judicial*. É por meio da interpretação da decisão judicial que muitos dos problemas ligados à delimitação objetiva da coisa julgada e à identificação do precedente são resolvidos. E, nada obstante, esses temas ainda costumam ser compreendidos a partir da premissa formalista que caracteriza o paradigma do processualismo científico, que, conforme demonstrado, está em descompasso com o momento atual da teoria do direito e, assim, da metodologia do processo. Chamar a atenção para essa temática e desenvolver o tema da interpretação da decisão judicial a partir dessas novas premissas metodológicas do processo civil brasileiro, aplicando um aparato teórico próprio à interpretação das decisões judiciais para encarar a partir de uma perspectiva antiformalista os problemas ligados à interpretação do precedente no direito brasileiro, é o que será feito nas partes seguintes do trabalho.

¹⁷³ Essa é justamente a tônica da monografia de MARINONI, LUIZ GUILHERME; MITIDIERO, DANIEL. *Ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 181-244.

¹⁷⁴ DIDIER JR., FREDIE. *Curso de direito processual civil*. Volume 1 [2003], 17ª edição, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 40.

¹⁷⁵ MARINONI, LUIZ GUILHERME; ARENHART, SÉRGIO CRUZ; MITIDIERO, DANIEL. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. Volume 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 11.

PARTE II – A DECISÃO JUDICIAL COMO OBJETO DE INTERPRETAÇÃO

1. Tipos de Interpretação e Concepções sobre a Interpretação. A Interpretação como Atividade de Reconstrução de Significado. A Adscrição de Significado como Resultado da Interpretação

Conforme episodicamente visto na primeira parte do trabalho, o formalismo interpretativo, enquanto *concepção*¹⁷⁶ sobre a interpretação que teve na Escola da Exegese e na Escola Histórico-Sistemática as suas duas expressões teóricas paradigmáticas¹⁷⁷ e que impregnou os seus conceitos na gênese do processo civil enquanto disciplina científica autônoma do direito, experimentou críticas que lhe impuseram uma franca derrocada no curso dos Novecentos; a ponto de se chegar a dizer que atualmente a teoria formalista da interpretação não é mais defendida por *ninguém*¹⁷⁸. Apenas para se recordar, o formalismo interpretativo “pressupõe a existência, em cada texto normativo, de um sentido *unívoco* e suscetível de

¹⁷⁶ Entende-se por “concepção” o conjunto de pressupostos e ideias de fundo divididas por um grupo de teorias, cf. VILLA, VITTORIO. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 43.

¹⁷⁷ É interessante a diferença de compreensão da doutrina sobre a natureza do discurso sobre a interpretação apregoado por essas Escolas. Enquanto para VILLA, VITTORIO. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 78-79, a Escola da Exegese e a Escola Histórico-Sistemática seriam verdadeiras *teorias* da interpretação, no sentido de expressarem discursos metodológico-*descritivos*, isto é, *explicativos*, sobre o que um intérprete faz ao interpretar e a maneira como a interpretação jurídica de fato ocorre; para CHIASSONI, PIERLUIGI. *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2009, p. 232, essas Escolas propõem essencialmente *doutrinas* da interpretação, no sentido de carregarem discursos metodológico-*prescritivos* sobre o que um bom intérprete *deve* ou não deve fazer ao interpretar, sobre como *deve* ou não deve se dar a interpretação. Parece ter razão a posição de Chiassoni, bem demonstrada a partir da análise minuciosa (*op. cit.*, p. 233-301) de trabalhos representantes dessas Escolas, evidenciando a criação de diversas *ficções* por esses autores para tornar possível a manutenção dos pressupostos *ideológicos* do formalismo interpretativo.

¹⁷⁸ GUASTINI, RICCARDO. *Interpretare e argomentare*: Milano: Giuffrè, 2011, p. 410. A afirmação, no entanto, soa exagerada, na medida em que o formalismo interpretativo não só encontra defesa em uma parcela de autores, embora diminuta, como segue sendo apregoado de maneira velada ou parcial por algumas correntes teóricas, cf. CHIASSONI, PIERLUIGI. *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2009, p. 233: “Il rigetto del cognitivismo da parte della cultura giuridica del novecento non è stato totale, né definitivo. Nella seconda metà del secolo si è assistito infatti (...) sia allo sviluppo di genuine *teorie quasi-cognitivistiche* dell'interpretazione (la c.d. teoria “mista” o “eclettica” di Herbert Hart, Genaro Carriò, ed altri), sia alla riproposizione di metodologie prescrittive informate a nozioni cognitive d'interpretazione, e dunque alla ricomparsa di *cognitivismi metodologici stipulativi o by definition* (ad esempio, le varie forme di originalismo e/o testualismo nella dottrina dell'interpretazione costituzionale nord-americana e il naturalismo semantico di M. Moore)”. Em que pese a afirmação peremptória sobre o abandono total do formalismo interpretativo pela doutrina, mesmo Guastini parece não discordar da leitura de Chiassoni, que vê na *teoria eclética* de Herbert Hart e no literalismo estático (originalismo) de Antonin Scalia [1936-2016], por exemplo, reminiscências de um cognitivismo interpretativo (GUASTINI, RICCARDO. *Interpretare e argomentare*: Milano: Giuffrè, 2011, p. 428 e 438). Parece ter razão, então, VILLA, VITTORIO. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 78-79, ao afirmar que, embora seja comumente dado por absolutamente superado, o formalismo interpretativo frequentemente ressurgue em novas versões ao longo dos tempos, podendo ser notado um movimento histórico pendular da filosofia do direito em torno de concepções ora de viés formalista, ora de viés antiformalista.

conhecimento: o significado deve ser havido como *incorporado* aos textos normativos e *pré-constituído* à interpretação, a qual consiste justamente no ato de trazê-lo à luz. Desde esse ponto de vista, todo texto normativo é suscetível de uma, e *somente uma*, interpretação *verdadeira* (sendo falsas todas as outras), e toda questão de direito é suscetível, por assim dizer, de uma, e *somente uma*, ‘solução *correta*’¹⁷⁹.

Um dos mais emblemáticos ataques ao formalismo interpretativo foi realizado por Hans Kelsen [1881-1973], que, com a conhecida *metáfora da moldura*, teve como alvo¹⁸⁰ a pedra de toque dessa concepção sobre a interpretação – o *mito da univocidade*: “a indeterminação do ato jurídico pode também ser a consequência *não intencional* da própria constituição da norma jurídica que deve ser aplicada pelo ato em questão. Aqui temos em primeira linha a *pluralidade de significações* de uma palavra ou de uma sequência de palavras em que a norma se exprime: o sentido verbal da norma *não é unívoco*, o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante *várias significações possíveis*. A mesma situação se apresenta quando o [indivíduo que tem de aplicar a norma acredita] que entre a expressão verbal da norma e a vontade da autoridade legisladora, que se há de exprimir através daquela expressão verbal, existe uma discrepância (...). A indeterminação do ato jurídico a [ser executado] pode finalmente ser também a consequência do fato de duas normas, que pretendem valer simultaneamente (...), contradizerem-se total ou parcialmente. Em todos estes casos de indeterminação (...) oferecem-se *várias possibilidades* à aplicação jurídica. O ato jurídico que efetiva ou executa uma norma pode ser conformado por maneira a corresponder a uma ou outra das *várias significações verbais* da mesma norma, por maneira a corresponder à vontade do legislador (...) *ou*, então, à expressão por ele escolhida, por forma a uma *ou* outra das duas que se contradizem ou por forma a decidir como se as duas normas em contradição se anulassem mutuamente. O Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma *moldura* dentro da qual existem *várias possibilidades* de aplicação, pelo que *é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura*, que preencha esta moldura em *qualquer sentido possível*. Se por ‘interpretação’ se entende a fixação por via *cognoscitiva* do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica *somente* pode ser a fixação da *moldura*

¹⁷⁹ GUASTINI, RICCARDO. *Interpretare e argomentare*: Milano: Giuffrè, 2011, p. 409-410, grifou-se.

¹⁸⁰ CHIASSONI, PIERLUIGI. *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2009, p. 359; MITIDIERO, DANIEL. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. [2016] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 54.

que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das *várias possibilidades* que dentro desta moldura existem”¹⁸¹.

A crítica de Kelsen ao mito da univocidade desfez uma das mais emblemáticas e danosas falsidades do formalismo interpretativo, qual seja, a de que a interpretação enquanto fixação por via *cognitiva* do objeto a interpretar possa “descobrir” a norma que estaria *contida* no dispositivo, a *verdadeira* solução, a *única* resposta correta. Isso é absolutamente falso, na medida em que, sendo as disposições normativas necessariamente *indeterminadas* (no que agora mais interessa, *plurívocas*), a definição do seu sentido (isto é, a definição de qual é “a” norma) envolve *sempre* a conjugação de um ato volitivo, de *decisão* do intérprete por um dos significados possíveis da “moldura” (conjunto de significados possíveis) relevada pela cognição do dispositivo normativo¹⁸². Em outras palavras, é inverídico que o trabalho de interpretação consista simplesmente em trazer à luz (“descobrir”, “extrair”), por um ato de intelecção, “a” interpretação correta já ínsita na própria “norma” de direito positivo¹⁸³.

Tomando por base as ideias de Kelsen¹⁸⁴, é possível falar em diferentes *tipos* de interpretação. Denomina-se *cognitiva* a interpretação que resulta na identificação da moldura dos diversos possíveis significados do dispositivo normativo (tendo em conta, por exemplo, questões sintáticas e semânticas, as diversas técnicas interpretativas disponíveis, as teses dogmáticas difusas na doutrina a respeito do dispositivo) sem a escolha de nenhum deles. A interpretação cognitiva, assim, envolve apenas a *descrição* de significados possíveis do dispositivo (“D = S1 *ou* S2”; ou, de modo mais sofisticado, “D = S1, considerando o método

¹⁸¹ KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*. [1934; 1960] 8ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 389-390, grifou-se. Os trechos transcritos colocados entre colchetes representam modificações feitas no texto da tradução para o português, para melhor compreensão das ideias de Kelsen, a partir da tradução da obra *Reine Rechtslehre* para a língua inglesa (*Pure theory of law*. New Jersey: The Law Book Exchange, 2005).

¹⁸² “A jurisprudência tradicional crê (...) ser lícito esperar da interpretação não só a determinação da moldura (...), mas ainda o preenchimento de uma outra e mais ampla função – e tem tendência para ver precisamente nesta outra função a sua principal tarefa. A interpretação deveria desenvolver um método que tornasse possível preencher [corretamente] a moldura prefixada. A teoria [tradicional] da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas *uma única* solução correta (...), e que a [correção] jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. [Essa teoria descreve] o processo [de] interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que [usar] a sua [razão], mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (...) no sentido do Direito positivo” (KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*. [1934; 1960] 8ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 391, grifo no original).

¹⁸³ CHIASSONI, PIERLUIGI. *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2009, p. 358.

¹⁸⁴ Especialmente o ceticismo semântico, uma das duas formas de ceticismo assumidas por Kelsen, ao lado do ceticismo epistemológico, cf. MELLO, CLÁUDIO ARI. *Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo, nº 255. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 63-90, item 2.

interpretativo M1 ou S2, se considerada a tese dogmática T2”)¹⁸⁵. Chama-se de *decisória* a interpretação que consiste na escolha de um dos possíveis significados da moldura do dispositivo normativo relevada pela interpretação cognitiva, descartando os demais (“D = S1” ou “D = S1, e não S2”). A interpretação decisória, desse modo, envolve a *adscrição* de um dos significados possíveis a partir da moldura do dispositivo normativo¹⁸⁶. Por fim, nomeia-se *criativa* a “interpretação” (*rectius*: construção jurídica¹⁸⁷) que resulta na decisão pela atribuição a um dispositivo normativo de um significado não compreendido na moldura resultante dos seus possíveis sentidos cognoscíveis (“D = S3”). Trata-se de verdadeira *criação* de direito novo, já que a norma não é respaldada por um dos significados possíveis do dispositivo normativo¹⁸⁸.

A distinção entre os diferentes tipos de interpretação – cognoscitiva, decisória e criativa – coloca em evidência que a rejeição do formalismo interpretativo, enquanto concepção que entende a interpretação como um processo meramente intelectual, de compreensão ou conhecimento do único significado correto ou verdadeiro da norma, não conduz *necessariamente* à defesa de uma concepção radicalmente oposta. É dizer: não significa obrigatoriamente afirmar que a interpretação não tem limites. Com efeito, a ideia de que a interpretação admite a atribuição de *qualquer* significado ao documento normativo, dado que esses não têm *nenhum* sentido antes da interpretação, é própria de *uma* das possíveis concepções sobre a interpretação que se apresentam como alternativa ao formalismo, chamada concepção *cética, realista* ou *antiformalista radical*. É possível, no entanto, conceber de forma *moderada* as ideias de que a interpretação não é um ato de puro conhecimento do único significado objetivo e preconstituído da norma, impregnado no dispositivo pela autoridade instituidora do texto normativo, mas sim de escolha por um de vários sentidos que podem ser atribuídos a um dispositivo normativo, necessariamente plurívoco. Essas ideias são próprias da concepção *cética, realista* ou *antiformalista moderada* da interpretação, para a qual a interpretação propriamente dita não admite a atribuição de *qualquer* sentido ao dispositivo normativo, mas

¹⁸⁵ GUASTINI, RICCARDO. *Interpretare e argomentare*: Milano: Giuffrè, 2011, p. 27-29 e 60; ÁVILA, HUMBERTO. *Função da Ciência do Direito Tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo*. Revista Direito Tributário Atual, nº 29. São Paulo: IBDT/Dialética, 2013, p. 184.

¹⁸⁶ GUASTINI, RICCARDO. *Interpretare e argomentare*: Milano: Giuffrè, 2011, p. 28-29 e 60; ÁVILA, HUMBERTO. *Função da Ciência do Direito Tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo*. Revista Direito Tributário Atual, nº 29. São Paulo: IBDT/Dialética, 2013, p. 184.

¹⁸⁷ Conforme distinção pontuada por GUASTINI, RICCARDO. *Interpretare e argomentare*: Milano: Giuffrè, 2011, p. 32, a chamada interpretação *criativa* não é propriamente um ato de interpretação: “si tratta di un vero atto nomopoietico, ossia, di creazione normativa, il cui nome appropriato è (forse) ‘costruzione giuridica’” (grifou-se). No mesmo sentido, TARELLO, GIOVANNI. *L’Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 36-37.

¹⁸⁸ GUASTINI, RICCARDO. *Interpretare e argomentare*: Milano: Giuffrè, 2011, p. 28-29 e 60; ÁVILA, HUMBERTO. *Função da Ciência do Direito Tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo*. Revista Direito Tributário Atual, nº 29. São Paulo: IBDT/Dialética, 2013, p. 184.

apenas de um dos sentidos possíveis dentro da moldura de significados admissíveis. Bem se vê a diferença entre as duas versões do ceticismo ou antiformalismo: uma coisa é dizer que as disposições normativas possuem uma pluralidade de significados possíveis, de modo que admitem uma *multiplicidade* de interpretações (ceticismo ou antiformalismo moderado); outra coisa é dizer que as disposições normativas não possuem nenhum significado, de modo que admitem *qualquer* interpretação (ceticismo ou antiformalismo radical). É ainda possível seguir uma via de meio entre o formalismo e o antiformalismo (ceticismo): a denominada concepção *eclética* (ou formalista *moderada*), para a qual a interpretação é, conforme as circunstâncias, por vezes um ato de mero conhecimento, por vezes um ato de decisão, conforme se dê ou não abertura à participação do intérprete. Também a concepção eclética apresenta duas variantes: de um lado, olhando para o *caso*, a interpretação envolveria um ato de mero conhecimento diante de casos claros ou *fáceis*, em que a situação examinada claramente recai dentro ou fora do campo de aplicação da norma selecionada (hipótese normativa), ao passo que, diante de casos duvidosos ou *difíceis*, assim entendidos aqueles em que a situação examinada coloca-se em uma “zona cinzenta”, limítrofe ou marginal do campo de aplicação da norma, a interpretação envolveria necessariamente um ato de decisão; de outro lado, olhando para a *formulação linguística* utilizada pela autoridade normativa, haveria disposições normativas com textos *claros* ou unívocos, de significado imediatamente apreensível, cuja interpretação dependeria de um mero ato de conhecimento, ao passo que haveria disposições normativas com textos *obscuros* ou equívocos, que admitem mais de um significado e cuja interpretação envolveria um ato de decisão por um determinado significado¹⁸⁹.

Essa é apenas uma das possíveis *tipologias* sobre as diferentes concepções da interpretação¹⁹⁰. É, no entanto, suficiente para demonstrar que o formalismo interpretativo apresenta-se como somente uma de muitas maneiras de se conceber a interpretação, deixando claro também que a rejeição dessa concepção não implica necessariamente a adoção do seu oposto radical. Como é possível perceber, um dos pressupostos assumidos pelo presente trabalho é a recusa do formalismo interpretativo – isto é, a corrente de ideias segundo a qual a interpretação destina-se a revelar “a” norma criada por vontade da autoridade normativa e

¹⁸⁹ GUASTINI, RICCARDO. *Interpretare e argomentare*: Milano: Giuffrè, 2011, p. 61 e 409-418; ÁVILA, HUMBERTO. *Função da Ciência do Direito Tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo*. Revista Direito Tributário Atual, nº 29. São Paulo: IBDT/Dialética, 2013, p. 185-186.

¹⁹⁰ Para uma outra tipologia ligeiramente diferente, distinguindo entre as concepções cognitivista-radical, cognitivista-moderada, cética-radical e cética-moderada, ver DICIOTTI, ENRICO. *L'ambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativo*. Working Paper nº 45. Siena: Università degli Studi di Siena, 2003, p. 3-6. Disponível em <https://www.dispi.unisi.it/sites/st06/files/allegatiparagrafo/22-05-2013/wp45.pdf>, consulta em 04.12.2017.

incorporada no dispositivo¹⁹¹ –, concepção que se mostra falsa e reducionista, enquanto discurso metodológico-*descritivo* sobre a interpretação (isto é, sobre como a interpretação de fato ocorre); e artificial e impraticável, enquanto discurso metodológico-*prescritivo* sobre a interpretação (isto é, sobre como a interpretação deve acontecer)¹⁹². É essa concepção sobre a interpretação, a qual, conforme indicado nos pontos antecedentes do trabalho, impregnou no subconsciente da generalidade da doutrina processual civil brasileira a crença de que o dispositivo *identifica-se* com a norma, de que o intérprete *descobre* “o” significado *contido* no dispositivo, que progressivamente foi e vem sendo expungida.

Rejeitado o formalismo interpretativo, o trabalho assume, como concepção de base sobre a interpretação jurídica, as linhas gerais do ceticismo ou *antiformalismo moderado*. Trata-se de uma escolha por exclusão, entre as diferentes concepções examinadas de acordo com a tipologia exposta nos parágrafos anteriores.

Por um lado, firme que o estatuto lógico da interpretação não pode consistir em mero ato de conhecimento, descoberta ou descrição do significado contido na própria norma examinada – a norma não *tem* um significado, pela simples razão de que *é* um significado¹⁹³ –, não parece possível afirmar que apenas em alguns casos a interpretação seja um ato de valoração e decisão (casos difíceis ou textos obscuros) e que em todas as outras situações em que não haja dúvidas plausíveis (casos fáceis ou textos claros) a interpretação resume-se a um ato de mero conhecimento do único significado possível. A concepção *eclética*, justamente por ser uma versão moderada do *formalismo*¹⁹⁴, carrega consigo alguns tantos dos problemas dessa

¹⁹¹ Conforme já indicado *supra* (Parte I, ponto 1, nota 3), é possível – e tem sentido – fazer uma distinção entre *formalismo* e *cognitivismo* interpretativo. Cf. DICIOTTI, ENRICO. *L'ambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativo*. Working Paper n° 45. Siena: Università degli Studi di Siena, 2003, p. 5-6, nota 3. Disponível em <https://www.dispi.unisi.it/sites/st06/files/allegatiparagrafo/22-05-2013/wp45.pdf>, consulta em 04.12.2017, “‘formalismo’ (...) richiama teorie dell’interpretazione secondo le quali per individuare la disciplina legislativa di ogni possibile caso è sufficiente prendere [in] considerazione i testi di legge, concepiti semplicemente come insiemi di parole provviste di un ‘proprio’ [significato] e/o la volontà dell’autore di tali testi, ovverosia del legislatore (...). In questo senso, si può affermare che il formalismo costituisce soltanto una specie del cognitivismo interpretativo, poiche è possibile sostenere che in tutti o in alcuni insiemi di possibili giudizi interpretativi contrastanti vi è un solo giudizio interpretativo corretto senza assumere che i testi di legge e/o la volontà del legislatore siano sufficienti per individuare tale giudizio (a questo proposito vedi ad esempio la posizione di Dworkin, ‘Non c’è davvero soluzione corretta nei casi difficili?’, ‘Diritto come letteratura’ e *L’impero del diritto*)”. De fato, como bem destaca MELLO, CLÁUDIO ARI. *Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo, n° 255. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 63-90, item 3, a teoria interpretativa de Dworkin embora propugne que a interpretação resulte na “única resposta jurídica possível para cada caso judicial” (uma solução *cognitivista*, portanto), “também destrói as ilusões reducionistas do formalismo jurídico tradicional”.

¹⁹² Sobre esses diferentes discursos, ver nota 177, *supra*, inclusive para bibliografia.

¹⁹³ TARELLO, GIOVANNI. *Il “problema dell’interpretazione”*: una formulazione ambigua. In: ID., *Diritto, enunciati, usi – studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1974, p. 394.

¹⁹⁴ DICIOTTI, ENRICO. *L'ambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativo*. Working Paper n° 45. Siena: Università degli Studi di Siena, 2003, p. 5. Disponível em

concepção sobre a interpretação. Especialmente, ora deixa de lado os problemas da *equivocidade* das disposições normativas, mirando apenas o problema da *vagueza* das normas, ao tratar de casos fáceis e difíceis; ora presume que as dificuldades e incertezas resumam-se à equivocidade *objetiva* de algumas disposições normativas, ao tratar de textos claros e obscuros, como se apenas o modo como formuladas – com ou sem defeitos, de forma mais ou menos precisa – proporcionasse conflitos interpretativos, ignorando outras fontes de equivocidade, como a pluralidade de métodos interpretativos potencialmente aplicáveis, as diferentes teses dogmáticas apregoadas ou as diversas inclinações ideológicas dos intérpretes¹⁹⁵. Trata-se, portanto, de concepção que parece tratar apenas de *parte* das muitas questões problemáticas ligadas à interpretação e que, justamente por ser insuficiente, não é adotada.

Por outro lado, recusar que a interpretação consiste em ato de conhecimento ou descoberta do único significado da norma, preexistente e nela impregnado pela autoridade instituidora, não deve levar necessariamente à adoção da tese de que a interpretação, por ser um ato de decisão de um determinado sentido, admite a atribuição de *qualquer* significado ao dispositivo normativo. A concepção *radical* do antiformalismo, que apregoa que antes da interpretação não existe *nenhum* significado (ou que, ainda existindo, isso é de qualquer modo *irrelevante*), nega a própria possibilidade da linguagem, que é de comunicar algo partindo de consensos mínimos sobre os significados que decorrem do uso comum das palavras¹⁹⁶. Torna-se, nesse quadro, impossível a distinção entre interpretação em sentido próprio e construção ou criação jurídica. Com efeito, se toda interpretação cria a norma, desprezando qualquer limite, toda interpretação é criação, de modo que o intérprete não encontra nenhuma baliza ou limite de atuação. Se não existe nada antes da interpretação, tudo é interpretação, partindo-se para um contextualismo radical¹⁹⁷. Com isso, perdem-se instrumentos importantes de controle intersubjetivo e análise crítica da interpretação judicial – não é possível, por exemplo, distinguir entre interpretação decisória e criação – e, no fim das contas, deixa-se de lado o importante caráter heterolimitador do direito. Nesse cenário, a valer as ideias do antiformalismo radical, diante de uma disposição normativa como a do artigo 44, parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil, que estabelece “Cada legislatura terá duração de quatro anos”, deveriam ser consideradas *igualmente legítimas* as interpretações que resultassem tanto na

<https://www.dispi.unisi.it/sites/st06/files/allegatiparagrafo/22-05-2013/wp45.pdf>, consulta em 04.12.2017; GUASTINI, RICCARDO. *Interpretare e argomentare*: Milano: Giuffrè, 2011, p. 428.

¹⁹⁵ Essas são algumas das críticas de GUASTINI, RICCARDO. *Interpretare e argomentare*: Milano: Giuffrè, 2011, p. 426-431 à teoria eclética, com as quais em geral se está de acordo.

¹⁹⁶ ÁVILA, HUMBERTO. *Teoria dos princípios*. [2003] 16ª edição, São Paulo: Malheiros, 2015, p. 52-53.

¹⁹⁷ VILLA, VITTORIO. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 101-102.

norma “Cada legislatura terá duração de mil, quatrocentos e sessenta e um dias”¹⁹⁸ como na norma “Cada legislatura terá duração de trezentos e sessenta e cinco dias”. Parece totalmente fora de propósito negar uma diferença de legitimidade (ao menos *prima facie*) da primeira das duas normas propostas como resultado da interpretação do referido enunciado normativo, ignorando o sentido mínimo das palavras nele dispostas – neste caso, que *um* ano tem trezentos e sessenta e cinco dias e que, portanto, *quatro* anos não podem significar, em dias, o mesmo que um ano¹⁹⁹. E, no entanto, essa diferença não poderia ser negada pelo ceticismo ou antiformalismo radical, com o que não se pode estar de acordo. Demais disso, a valer essa concepção, seria necessário colocar de lado um dos aspectos entendidos pelo presente trabalho como essenciais a uma teoria da interpretação, qual seja, a de que o resultado da interpretação não pode ser um significado *qualquer*, mas deve ser um significado *justificado* ou ao menos *justificável*, em favor do qual o intérprete tenha condições de fornecer razões (argumentos) de justificação que o suportem²⁰⁰.

A alusão à metáfora da moldura de significados de Kelsen e a introdução da noção sobre os diferentes tipos de interpretação serve a um duplo propósito: afasta as duas concepções de extremo sobre a interpretação, tanto o formalismo quanto o antiformalismo radical. Abre-se espaço, com isso, para a identificação da concepção sobre a interpretação jurídica aqui adotada, segundo a qual a interpretação não é nem *descoberta*, nem *criação ilimitada* de significados; é, mais propriamente, uma *reconstrução* de sentidos, já que o intérprete parte do dispositivo normativo e esse oferece limites (*a priori*) à construção de sentidos dada a existência de significados mínimos incorporados ao uso da linguagem. Superá-los é possível (mediante argumentação racional); mas não desconsiderá-los. O intérprete não pode, simplesmente, desprezar esse ponto de partida, sob pena de se romper com a função heterolimitadora do direito. Interpretar, portanto, é *construir a partir de algo* e, por isso, significa *reconstruir*²⁰¹. É claro que sendo a interpretação uma reconstrução de significados – isto é, individualização dos significados possíveis, valoração dos resultados obtidos e decisão do sentido normativo a ser adscrito –, o processo interpretativo (ou melhor, o discurso sobre o processo interpretativo) deverá ser lógica e argumentativamente sustentado, de modo a demonstrar a sua racionalidade

¹⁹⁸ = $4 \times 365 + 1$ (considerado que a cada quatro anos, há um ano bissexto).

¹⁹⁹ Também aqui são reproduzidas algumas das críticas de GUASTINI, RICCARDO. *Interpretare e argomentare*: Milano: Giuffrè, 2011, p. 424-427, à teoria antiformalista radical, com as quais em geral igualmente se está de acordo.

²⁰⁰ CHIASSONI, PIERLUIGI. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 61.

²⁰¹ Cf. ÁVILA, HUMBERTO. *Teoria dos princípios*. [2003] 16ª edição, São Paulo: Malheiros, 2015, p. 52-55.

e permitir o controle intersubjetivo²⁰². Agregar a exigência da demonstração da racionalidade da interpretação por meio de um discurso lógico-argumentativo (em outras palavras, exigir justificação racional) é algo absolutamente necessário, a fim de que a apregoada adoção da concepção antiformalista moderada não seja apenas uma bonita proclamação em favor da honestidade e da controlabilidade da interpretação.

Três outras observações ainda devem ser feitas nesse ponto.

Alinhar-se a uma concepção antiformalista moderada sobre a interpretação – rejeitando, portanto, a concepção eclética – significa afirmar que *sempre* há interpretação *adscritiva* de significado. Mesmo nos casos em que o sentido objetivo do texto do dispositivo normativo é qualificado como “claro” e as condições externas idealmente não conduzem a dúvidas; e mesmo nos casos em que a situação jurídica considerada recai pacificamente no âmbito de incidência da hipótese normativa. Essas circunstâncias de facilidade contribuem para a interpretação e obviamente descomplicam a tarefa, mas não a eliminam²⁰³. Não há significado sem interpretação, tanto quando o processo interpretativo é realizado de forma instantânea e o significado é obtido de forma intuitiva (*prima facie*), não destoando, por exemplo, da formulação literal do texto; como quando é necessário um processo de análise e reflexão mais demorado e o significado normativo apenas é atribuído ao final desse processo interpretativo, *all-things-considered*²⁰⁴. Nesses e em todos os outros casos há interpretação, já que a própria distinção entre textos claros e obscuros, casos fáceis e difíceis, pressupõe a interpretação²⁰⁵. Com isso, rejeita-se a tese de que quando o sentido dos termos da norma é claro ou quando o caso coincide com as situações equivalentes ao núcleo de instanciação típica reconhecido a partir dos termos do texto do dispositivo não há interpretação²⁰⁶. É óbvio que podem ser apontadas diferenças entre essas situações, por assim dizer, “fáceis” e “difíceis”. Uma primeira diferença diz respeito à própria operação *mental* inerente à atividade interpretativa que leva à atribuição de significado²⁰⁷: essa será mais ou menos demorada, tão ou mais duvidosa, a

²⁰² Cf. MITIDIÉRO, DANIEL. *Cortes superiores e cortes supremas*. [2013] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 59-61.

²⁰³ ZANETI JR., HERMES. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 141; MARINONI, LUIZ GUILHERME; MITIDIÉRO, DANIEL. *Ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 192.

²⁰⁴ TARELLO, GIOVANNI. *Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica*. In: ID., *Diritto, enunciati, usi – studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1974, p. 407; GUASTINI, RICCARDO. *Interpretare e argomentare*: Milano: Giuffrè, 2011, p. 94 e 403-405.

²⁰⁵ CHIASSONI, PIERLUIGI. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 62; VILLA, VITTORIO. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 106.

²⁰⁶ Em sentido contrário, ver, por exemplo, na linha das ideias de Hart, MARMOR, ANDREI. *Interpretation and legal theory*. [1992] 2ª edição, Portland: Hart Publishing, 2005, p. 95 e ss., para quem só há interpretação quando o enunciado interpretativo que resulta da norma é substituído por um texto diverso do enunciado normativo.

²⁰⁷ KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*. [1934; 1960] 8ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 387; GUASTINI, RICCARDO. *Dalle fonti alle norme*. [1990] 2ª edição, Torino: Giappichelli, 1992, p. 16.

depende se se tratar de interpretação dita *prima facie* ou tudo-considerado. Essa questão tem pouco interesse, nesse momento, para o presente trabalho, em razão sobretudo de ser reconhecidamente²⁰⁸ duvidosa a condição de possibilidade de um controle claro e objetivo do processo *decisório* da interpretação enquanto atividade psicológica²⁰⁹, isto é, em uma expressão conhecida, do seu *context of discovery*²¹⁰. Levando em conta uma abordagem de viés analítico, que preza e busca guiar-se por valores epistêmicos como a racionalidade, a clareza conceitual e a objetividade²¹¹, interessa mais a expressão *discursiva* da atividade interpretativa, isto é, o seu resultado expresso em linguagem na forma de uma justificação da decisão interpretativa²¹², o seu *context of justification*²¹³, passível de ser submetido a controle intersubjetivo de racionalidade lógico-argumentativa²¹⁴. Nessa esteira, pode-se pontuar a segunda diferença: a já indicada ideia de que os dispositivos normativos utilizam-se de palavras e que essas têm um núcleo mínimo de sentido(s), verdadeiros significados intersubjetivados, que pode ser mais ou menos elástico, denota que o próprio uso comum da linguagem dispensa que a cada nova situação a decisão por um determinado sentido – notadamente, do(s) sentido(s) que compõe(m) o núcleo mínimo de significado(s) do termo – necessite ser justificada, já que essa é uma

²⁰⁸ Para um panorama geral sobre as ideias de que se deveria deslocar para o eixo do processo decisório o problema da racionalidade da interpretação, com uma análise também sobre a falta de sistematização, clareza, precisão e/ou objetividade sobre os limites ou a controlabilidade racional dos processos decisórios dessas mesmas concepções – notadamente em Joseph Esser, o que estende a crítica, em linhas gerais, para boa parte da chamada concepção hermenêutica da interpretação –, ver, entre outros, JUST, GUSTAVO. *Interpretando as teorias da interpretação*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 100-118.

²⁰⁹ “Sifatte congetture (...) si presentano come congetture empiriche, poiché hanno ad oggetto fatti, sia pure fatti di un genere particolare (eventi psichici), ma sono, ovviamente, non suscettibili di controllo empirico, in assenza di adeguati strumenti di indagine sulla psiche degli interpreti in genere (...). La più nota, e oggidi la più fortunata, congettura psicologica sul processo interpretativo è probabilmente quella che va sotto il nome di ‘teoria ermeneutica dell’interpretazione’” (GUASTINI, RICCARDO. *Interpretare e argomentare*: Milano: Giuffrè, 2011, p. 33, nota 61).

²¹⁰ Cf., por todos, TARUFFO, MICHELE. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975, p. 213-216. Esclarece o autor que por *context of discovery* entende-se “il procedimento che conduce a formulare una determinata soluzione di un problema” (p. 214), o que remete ao ato (à *atividade*) de decisão.

²¹¹ CHIASSONI, PIERLUIGI. *L’indirizzo analitico nella filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2009, p. 4.

²¹² WRÓBLEWSKI, JERZY. *Legal reasoning in legal interpretation*. Logique et Analyse, Nouvelle Série, vol. 12, n° 45. Brussel: Peeters Publishers, 1968, p. 6.

²¹³ Cf., por todos, TARUFFO, MICHELE. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975, p. 213-216. Esclarece o autor que por *context of justification* entende-se “il procedimento diretto a dimostrare, giustificandola, a validità di tale soluzione” (p. 214), o que remete ao *discurso* de justificação. Ressalta ainda o célebre jurista italiano que não é de se considerar necessariamente que o discurso de justificação seja o resultado linguístico (ou a tradução em linguagem) da atividade (mental) de decisão, o que, no entanto, não exclui que, mesmo assim, haja coincidências e interferências entre os dois procedimentos (decisão e justificação). Nesse sentido, BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS. *O que deve e o que não deve figurar em uma sentença*. [1999] In: ID., *Temas de direito processual*, 8ª Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 119, afirma que, por óbvio, “não se espera que o juiz narre todas as vicissitudes por que passou a sua mente até formar o convencimento definitivo”.

²¹⁴ GUASTINI, RICCARDO. *Dalle fonti alle norme*. [1990] 2ª edição, Torino: Giappichelli, 1992, p. 16; MITIDIERO, DANIEL. *Cortes superiores e cortes supremas*. [2013] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 59-61.

condição dada da comunicação²¹⁵. Geralmente, portanto, a interpretação tornada fácil pela clareza do texto normativo, que resulte na *decisão* por um dos significados indisputáveis da palavra, *tendencialmente* dispensará (ou ao menos fará diminuir significativamente) a necessidade de fazer-se acompanhar de justificação mais demorada. De outro lado, é reconhecido que há casos ditos fáceis que, mesmo a despeito de uma particular qualidade semântica da disposição normativa, não geram maior controvérsia do ponto de vista interpretativo. Assim, mesmo havendo necessidade de uma interpretação que importe na reformulação do conteúdo do dispositivo normativo, quando essa tradução resultar na instanciação de uma norma que indisputavelmente resolve o caso em determinado sentido, sem haver argumentação plausível que aponte para outra solução – porque, por exemplo, se trata de uma interpretação comumente adotada, sem contestação, pela jurisprudência²¹⁶ –, ter-se-á a mesma tendencial dispensa de maior justificação lógico-argumentativa sobre a reconstrução do enunciado normativo que resultou na instanciação da norma em situação objeto de consenso²¹⁷. O que torna o caso “fácil” (ou “difícil”) ou o dispositivo “claro” (ou “problemático”), nessas condições, é menos uma característica ontológica de certos casos ou de determinadas disposições normativas e mais uma concepção pragmática, limitada espacial e temporalmente²¹⁸.

Por outro lado, há que se considerar que a adoção de uma concepção cética moderada parece ter igualmente a importante vantagem de escapar do problema, próprio das concepções formalista (significado inteiramente descoberto) e antiformalista radical (significado inteiramente criado) da interpretação, que se denominou de “visão *estática* sobre o significado” e que poderia, em outras palavras, ser traduzido como *hipótese dicotômica* – tudo ou nada –

²¹⁵ ÁVILA, HUMBERTO. *Teoria dos princípios*. [2003] 16ª edição, São Paulo: Malheiros, 2015, p. 52-53.

²¹⁶ O exemplo é de TARUFFO, MICHELE. *Il controllo sulla motivazione della sentenza civile*. In: ID., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991, p. 147-148.

²¹⁷ Cf., no ponto, seguindo a linha da Hart, mas rejeitando a desviada formulação “contemporânea” da dicção *in claris cessat interpretatio* e indicando que “é a interpretação, ao chegar a uma conclusão indisputável ou geralmente consensada, que torna o caso claro”, MARANHÃO, JULIANO. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 107-108. Nessa linha, também, WRÓBLEWSKI, JERZY. *The judicial application of law*. [1988] Dodrecht: Springer, 1992, p. 95 e ss.. Sobre o uso da formula *in claris cessat interpretatio* após a época moderna, ver TARELLO, GIOVANNI. *L'Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 33-35.

²¹⁸ “(...) 'clear' cases are ones that no one has in fact problematized either in a concrete case or in some more theoretical juristic context. Probably, there are some cases that no one could problematize on any ground that would be useful to any interested party, but the fact that nobody has problematized a case gives no ground for assuming that no one could have. The noted lack of usefulness of problem-raising indicates that clarity is still being treated as a pragmatic concept” (MACCORMICK, NEIL. *Rhetoric and the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 52).

sobre o significado²¹⁹. Com efeito, adotando-se a concepção antiformalista moderada, para a qual a interpretação é um processo *reconstrutivo*, que toma como ponto de partida o dispositivo normativo, delimita os seus sentidos preceptivos possíveis, analisa os resultados obtidos a partir da moldura de significados e somente então decide por um deles, justificando de maneira lógico-argumentativa essa escolha, não se reduz a atividade interpretativa à condição *estática* de ser só descoberta ou só criação de significados, mas se *dinamiza* a interpretação, reconhecendo-se o seu caráter *misto* ou intermediário entre atividades de conhecimento e de decisão, com mais de uma fase (em uma sequência, *individualização, valoração e escolha*²²⁰), abrindo com isso espaço para a múltipla confluência de elementos textuais e não-textuais da ordem jurídica sobre o significado que será concretamente especificado como a norma resultante²²¹.

Por fim, a menção a vieses estáticos e dinâmicos abre espaço ainda para brevemente se comentar, embora em um contexto de significação bastante diferente do utilizado no parágrafo anterior, a respeito das assim chamadas *ideologias* da interpretação, isto é, sobre os discursos prescritivos ou valorativos em torno da interpretação²²². A adoção de uma concepção antiformalista moderada, embora revele que a interpretação reconstrói significados a partir do dispositivo normativo por meio de um processo de individualização, valoração e decisão, nada diz sobre como são ou devem ser feitas essas decisões interpretativas. É claro, por exemplo que é possível obter significados diferentes sobre um mesmo texto normativo alçando mão de diferentes *diretrizes* (argumentos ou técnicas) interpretativas, tais como diretrizes linguísticas, teleológicas e sistemáticas, por exemplo. Mas qual desses significados deve preferir? A opção por uma diretriz é constante ou pode ser avaliada caso a caso?²²³ A resposta a essas e outras questões análogas, que dizem em resumo com a valoração e decisão do significado a ser atribuído como norma ao dispositivo, é feita a partir de orientações ditas *ideológicas*, que giram, em grandes linhas, em torno da indagação de qual deve ser a função do intérprete (notadamente,

²¹⁹ Sobre o tema, ver VILLA, VITTORIO. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 112-116.

²²⁰ TARELLO, GIOVANNI. *L'Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 63; MITIDIERO, DANIEL. *Cortes superiores e cortes supremas*. [2013] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 60.

²²¹ Atende-se, dessa forma, também a referida preocupação de VILLA, VITTORIO. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 112-116, com a adoção de uma concepção *dinâmica* da interpretação.

²²² WRÓBLEWSKI, JERZY. *Legal reasoning in legal interpretation*. Logique et Analyse, Nouvelle Série, vol. 12, n° 45. Brussel: Peeters Publishers, 1968, p. 18; GUASTINI, RICCARDO. *Interpretare e argomentare*: Milano: Giuffrè, 2011, p. 433.

²²³ Um panorama analítico completo sobre essa questão, trabalhando com um modelo de “códigos hermenêuticos” construídos a partir de três níveis de diretrizes hermenêuticas que guiam o processo interpretativo, pode ser conferido em CHIASSONI, PIERLUIGI. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 80-123.

do juiz-intérprete) em um determinado sistema jurídico²²⁴. Uma ideologia da interpretação é composta por valores, como segurança, certeza do direito, justiça, equidade, conservação, progresso, entre outros, que se reclama devem ser observados e implementados pelo intérprete, estabelecendo as diretrizes interpretativas a serem seguidas e, assim, guiando o processo de tomada de decisões²²⁵. Nesse tema, importa referir as duas orientações ético-políticas fundamentais, quais sejam, a *ideologia estática* e a *ideologia dinâmica* da interpretação²²⁶, que, na função de diretrizes de terceiro nível, funcionam como espectros contrapostos de orientação – não ao modo tudo-ou-nada, mas de forma mais-ou-menos –, estabelecendo vieses para a aplicação das demais diretrizes que conduzem ao resultado interpretativo. A *ideologia estática* é orientada pelo valor fundamental da *certeza do direito*, o que conduz à estabilidade e conservação da normatização das relações sociais e à previsibilidade dos resultados interpretativos. Por sua vez, a *ideologia dinâmica* é orientada pelo valor fundamental da *justiça do caso concreto*, o que leva à contínua necessidade de o direito adaptar-se de modo progressivo às exigências sociais e impõe a busca da melhor solução para o caso concreto, do ponto de vista de sua justiça individual e substancial²²⁷. Não é difícil concluir, a partir desses dois espectros, que a interpretação com orientação estática privilegiará a adoção de um código hermenêutico rígido e a preferência por diretrizes linguísticas e genéticas por exemplo, conduzindo a soluções em conformidade à orientação geral aplicável a todos os casos, sem exceções; ao passo que a interpretação com orientação dinâmica levará à adoção de um código hermenêutico flexível e à preferência por diretrizes teleológicas e sistemáticas, por exemplo, conduzindo se necessário à criação de exceções implícitas capazes de proporcionar a justiça do caso concreto. Em que pese naturalmente a ideologia estática esteja mais próxima a uma concepção formalista da interpretação e a ideologia dinâmica se mostre mais afinada a uma teoria antiformalista, a adoção de uma concepção antiformalista moderada da interpretação, como a aqui assumida, autoriza a variar entre interpretações estaticamente-orientadas ou dinamicamente-orientadas, a depender dos valores e das normas que guiam a interpretação em cada *contexto*, o que se mostra

²²⁴ VILLA, VITTORIO. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 44.

²²⁵ WRÓBLEWSKI, JERZY. *The judicial application of law*. [1988] Dordrecht: Springer, 1992, p. 266.

²²⁶ CHIASSONI, PIERLUIGI. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 116-120; GUASTINI, RICCARDO. *Interpretare e argomentare*: Milano: Giuffrè, 2011, p. 437-438; VILLA, VITTORIO. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 44-47;

²²⁷ WRÓBLEWSKI, JERZY. *Legal reasoning in legal interpretation*. Logique et Analyse, Nouvelle Série, vol. 12, n° 45. Brussel: Peeters Publishers, 1968, p. 18-19; CHIASSONI, PIERLUIGI. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 117-118; GUASTINI, RICCARDO. *Interpretare e argomentare*: Milano: Giuffrè, 2011, p. 437-438; VILLA, VITTORIO. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 45.

decisivo para instrumentalizar o intérprete com o ferramental necessário para lhe permitir lidar com as diferentes necessidade interpretativas. E isso, além de útil, pode ser decisivo para a interpretação.

2. A Interpretação dos Documentos Normativos. A Decisão Judicial como Documento Normativo Sujeito à Interpretação

Contemporaneamente, costuma-se afirmar que “interpretar” quer dizer *atribuir* sentido ou significado a algo²²⁸. Especialmente, tratando-se de interpretação jurídica, “interpretar” consiste em atribuir significado a fenômenos juridicamente relevantes, que são objeto de valoração jurídica, para fazer decorrer consequências em caráter geral ou particular.

Essa definição é importante, por duas razões. Primeiro, porque ao mencionar que a interpretação é uma *atividade* que *resulta* na *atribuição* de significado, deixando-se de lado expressões como “descoberta” ou “extração” de sentido²²⁹, evidencia-se o caráter antiformalista da atividade interpretativa e do seu produto, como verdadeira *adscrição* de significado. Tal definição, assim, deixa claro que a interpretação é um processo de viés *reconstrutivo*, que toma como ponto de partida documentos normativos (considerados n todo ou em suas partes, como enunciados normativos); *releva* os seus possíveis significados, considerando elementos textuais e não-textuais juridicamente relevantes²³⁰; examina e *valora* os possíveis significados relevados a partir desse conjunto; e *decide* por um deles, adscrevendo-o como significado normativo ao documento interpretado.

Segundo porque ao fazer menção à atribuição de significado a *algo*, e não a *normas*, essa definição igualmente deixa de lado uma espécie de senso comum, próprio de uma concepção formalista da interpretação, segundo o qual a atividade interpretativa tem como objeto normas. A norma, todavia, não é o objeto da interpretação, mas sim o seu produto²³¹, o significado que resulta da interpretação, enquanto atividade de adscrição de sentido normativo a um objeto, normalmente um documento normativo.

²²⁸ Cf., por todos, TARELLO, GIOVANNI. *L'Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 4-5. CHIASSONI, PIERLUIGI. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 50-51, nota 2, registra numerosas propostas doutrinárias para definir a noção de interpretação.

²²⁹ Uma interessante análise, feita em torno do uso desses vocábulos, da evolução da doutrina brasileira em tema de concepções sobre a interpretação é realizada por MITIDIERO, DANIEL. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. [2016] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 65-68.

²³⁰ Conforme refere GUASTINI, RICCARDO. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 93, “l’atteggiamento dell’interprete è sempre influenzato da elementi strani al testo”, tais como “la supposta intenzione dell’autorità normativa”, “le circostanze di fatto” e “altri testi o frammenti di testo”.

²³¹ TARELLO, GIOVANNI. *L'Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 9-10.

Apesar da importância de esclarecer que nem o intérprete descobre o significado, mas o *reconstrói*; nem a sua atividade tem por objeto normas, mas *documentos normativos*²³², essa definição é de certo modo insuficiente. Isso porque, mesmo restringindo-se a análise apenas ao âmbito da interpretação jurídica²³³, diferentes classes de fenômenos podem ser objeto de interpretação. Nesse sentido, por exemplo, diz-se que *atos* ou comportamentos humanos são interpretados com a finalidade de verificar a sua relevância jurídica, o que pode levar a conjecturas em torno das *razões, objetivos, motivos e intenções* de um sujeito ao realizar determinado ato; de *subsumir* um certo ato ou comportamento em uma dada classe de atos ou comportamentos; ou *qualificar* o ato segundo um esquema oferecido por uma norma. *Eventos* são interpretados com a finalidade de conjecturar possíveis relações de causa e efeito entre fenômenos. E, finalmente, *textos* com relevância jurídica são interpretados com a finalidade, em geral, de atribuir-lhes sentido ou significado.

Por conseguinte, na interpretação jurídica é possível distinguir entre diferentes objetos a serem interpretados e diferentes finalidades da interpretação, o que tem um forte impacto sobre o conceito de interpretação²³⁴.

Sem deixar de ter atenção a esses diferentes tipos de atividade e de finalidades interpretativas, é possível dizer que a interpretação jurídica tem na interpretação textual, enquanto processo de atribuição de significado a um fenômeno juridicamente relevante, um dos seus focos principais e de maior interesse. A interpretação textual tem como objeto primordial *textos* jurídicos dotados de certo grau de *autoridade*, a que se pode convencionar denominar *documento normativo*²³⁵. Por certo, há uma grande variedade de textos jurídicos sujeitos à

²³² TARELLO, GIOVANNI. *L'Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 61.

²³³ Há discussão na doutrina sobre a possibilidade de se instituir uma “teoria geral” da interpretação, no sentido *transsetorial*, abrangendo os diversos tipos de conhecimento e fenômenos humanos. BETTI, EMILIO. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1949, *passim*, procurou trabalhar desse modo. Essa forma de teorização costuma ser rechaçada, com razão, por ser empresa falida tentar reconduzir a um mesmo conceito geral coisas tão diferentes (cf. GUASTINI, RICCARDO. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 4). De outro lado, tendo em conta apenas o campo da interpretação jurídica, questiona-se a possibilidade de se teorizar de maneira uniforme acerca dos diversos objetos de interpretação, como a lei, o regulamento administrativo, os precedentes, as sentenças, o contrato, o tratado. Essa questão parece encontrar uma resposta mais adequada não por um metro absoluto (tudo ou nada), mas gradual (mais ou menos). Nesse sentido, recusando uma teoria geral que trate de maneira indistinta e sem considerar as importantes particularidades das diversas classes de documentos normativos, parece ser possível (mais do que isso, necessário e bastante profícuo) tratar de *algumas* noções e conceitos sobre a interpretação jurídica de maneira geral, evidentemente devendo ser respeitadas especificidades (que são muitas) de cada uma das diversas classes de documentos normativos. Sobre essa discussão, em geral, TARELLO, GIOVANNI. *L'Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 16-24.

²³⁴ GUASTINI, RICCARDO. *L'Interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 2; ID., *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 4-6.

²³⁵ TARELLO, GIOVANNI. *L'Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 101; GUASTINI, RICCARDO. *Dalle fonti alle norme*. [1990] 2ª edição, Torino: Giappichelli, 1992, p. 15; ID., *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 8 e 13.

interpretação²³⁶: atos legislativos, atos de autonomia privada, atos jurisdicionais e atos administrativos, por exemplo, são todos documentos normativos que, enquanto textos, devem ser interpretados. Assim, quando o documento normativo a ser interpretado é um texto promulgado após um processo legislativo realizado de acordo com o procedimento estabelecido pela Constituição, fala-se em interpretação da lei; quando o documento normativo é um texto oriundo de um ato próprio do Presidente da República dotado de certas qualidades, fala-se em interpretação do regulamento; quando o documento normativo é um texto oriundo da manifestação confluyente de vontade de dois sujeitos privados, fala-se em interpretação do contrato; quando o documento normativo é um texto oriundo da resolução judicial de uma controvérsia, fala-se em interpretação da decisão judicial. Trata-se, todas, de formas representativas de manifestações textuais dotadas de variados graus de autoridade, que funcionam como fontes objeto de valoração jurídica²³⁷.

Como já dito, mas vale a pena reforçar, a norma não *tem* um significado, mas *é* um significado; a norma não é um *dado* que independe da interpretação, mas sim o *produto* do processo interpretativo. Não se pode, então, falar de interpretação da norma, mas apenas de interpretação do documento normativo. Assim, ao contrário do que uma primeira intuição e mesmo a linguagem corrente indicam, a *norma* não é objeto da interpretação, mas *produto* da *atividade* interpretativa, que tem por *objeto* um *documento normativo*. Em outras palavras, enquanto o documento normativo é um texto ainda a interpretar, a *norma* é o *significado atribuído ao documento normativo* (texto) interpretado²³⁸. Essa diferenciação entre *texto* e *norma*²³⁹ é, hoje, noção corrente e largamente aceita²⁴⁰, demonstrando por si só a incorreção de expressões como o “descobrimento” do significado da “norma”: nem o intérprete “descobre” um significado, mas atribui um significado; nem a sua atividade tem por objeto uma “norma”,

²³⁶ GUASTINI, RICCARDO. *L'Interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 4.

²³⁷ BETTI, EMILIO. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1949, p. 3.

²³⁸ TARELLO, GIOVANNI. *Il “problema dell’interpretazione”*: una formulazione ambigua. In: ID., *Diritto, enunciati, usi – studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1974, p. 394-395; ID., *L'Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 61. GUASTINI, RICCARDO. *Dalle fonti alle norme*. [1990] 2ª edição, Torino: Giappichelli, 1992, p. 17.

²³⁹ Um dos primeiros autores a chamar a atenção na doutrina italiana para essa distinção foi Giovanni Tarello (cf. MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. [2016] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 56, nota 164). Sobre o tema, esclarece GUASTINI, RICCARDO. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 64-65, nota 6; e ID., *Dalle fonti alle norme*. [1990] 2ª edição, Torino: Giappichelli, 1992, p. 20-23, que a distinção entre disposição e norma remonta a uma conhecida distinção elaborada por Vezio Crisafulli, em verbete (“Disposizione (e norma)”) de 1964 da *Enciclopedia del Diritto*, no âmbito da literatura constitucional, para explicar o fenômeno da assim chamada “interpretação conforme” pela Corte Constitucional italiana, mas que, embora a aparente coincidência, não se confunde com a conhecida distinção elaborada por Tarello e que é adotada pelo presente trabalho.

²⁴⁰ Exemplificativamente, TARUFFO, MICHELE. *Il fatto e l’interpretazione*. [2009] Revista de Processo, nº 227. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 32.

mas um documento normativo²⁴¹. Do que resulta que a lei, por exemplo, enquanto documento ou enunciado interpretativo, não é um dado independente da interpretação, mas é sempre e necessariamente a lei enquanto documento ou enunciado normativo na interpretação dada e acreditada por um intérprete, a luz de determinados critérios (diretrizes) de interpretação²⁴².

De outro lado, é preciso ressaltar que, a partir de uma abordagem antiformalista moderada, aqui assumida, os significados normativos adscritos a um documento normativo por meio de interpretação obviamente não podem ser *qualquer* significado, mas um dos significados *possíveis* dentro do quadro relevado a partir do emprego de critérios interpretativos – aquele que o intérprete, *justificadamente*, conclui ser o melhor ou mais correto diante do sistema jurídico considerado e das circunstâncias verificadas. Disso resulta que, embora não se confunda o *documento normativo* com a *norma*, essa, enquanto significado normativo adscrito ao texto jurídico dotado de autoridade, não tem existência independente do documento normativo do qual a atividade interpretativa parte, com o qual sempre manterá relação de referibilidade – direta (no caso das denominadas normas *explícitas* ou *expressas*) ou ao menos indireta (no caso das denominadas normas *implícitas* ou *inexpressas*)²⁴³.

A atividade de atribuir significado normativo a um determinado documento normativo dotado de autoridade com o objetivo de obter uma norma jurídica resulta na *enunciação* desse significado normativo. Em outras palavras, a interpretação confere ao documento normativo *DN* (ou, muitas vezes a um particular enunciado normativo *EN* que é parte do documento normativo) o significado normativo *SN*. Esse – isto é, o significado normativo *SN* – é a *norma jurídica*, que nesse contexto aparece como resultado ou *produto* da *atividade* interpretativa do documento destinada à adscrição de uma norma²⁴⁴. Repita-se que a atividade interpretativa é composta, em verdade, por três atos – de relevação dos significados normativos possíveis, de valoração desses significados e, finalmente, de decisão por um dos significados concorrentes²⁴⁵. E lembre-se também que, sobre essa tríplice atividade, desde uma perspectiva analítica, importa já não o seu aspecto *mental* ou *psicológico* (o ato decisório), mas o seu aspecto

²⁴¹ TARELLO, GIOVANNI. *L'Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 61.

²⁴² CHIASSONI, PIERLUIGI. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 142.

²⁴³ GUASTINI, RICCARDO, *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 65, afirma que “la norma non è cosa ontologicamente diversa dalla disposizione; è semplicemente la disposizione *interpretata* e pertanto *riformulata*” (grifou-se). Essa concessão do autor, importante para revelar a filiação antiformalista moderada de sua doutrina, parece, contudo, excessiva: a norma, embora mantenha necessária relação com o documento normativo ao qual se vincula e que dá os limites da interpretação, parece ser sim coisa diversa da disposição que constitui a sua *matéria-prima*. Não fosse assim, fossem iguais documento e norma, não haveria como negar que a disposição é a norma – o que parece se distanciar longamente de uma abordagem antiformalista moderada sobre a interpretação e aproximar-se de (para praticamente se confundir com) uma perspectiva simplesmente formalista.

²⁴⁴ TARELLO, GIOVANNI. *L'Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 9-10 e 36-42

²⁴⁵ TARELLO, GIOVANNI. *L'Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 63.

discursivo (o ato justificatório): a interpretação enquanto atividade *mental*, por se tratar de um processo psicológico, é fundamentalmente inacessível, mercê da ausência de adequados instrumentos para tanto, sujeitando-se apenas a conjecturas, não a mecanismos de controle lógico-argumentativo; um tal exame de racionalidade pode mais bem ser feito em face da interpretação enquanto atividade *discursiva*, tendo como objeto o seu *produto* literário, isto é, o *documento interpretativo* (normalmente composto por *enunciados interpretativos* do tipo “*DN* significa *SN*”) e o *significado normativo* adscrito (*SN* no enunciado anterior)²⁴⁶.

Nesse contexto, a atribuição de significado normativo a documentos normativos pode por sua vez resultar na formação de um outro documento normativo; é dizer, um outro texto dotado de autoridade, que, nada obstante seja *produto* da interpretação, igualmente se torna como texto autoritativo que é, um *objeto* sujeito a (nova) interpretação. Isso acontece sempre que a atividade interpretativa do documento normativo originário (a que se pode convencionar chamar de documento normativo de *primeiro grau*) for realizada por um *intérprete* dotado de especial *autoridade*. Assim, por exemplo, a interpretação da lei realizada pelo Presidente da República e que resulta em prescrições ulteriores para *detalhar* o conteúdo da disposição legislativa e possibilitar a sua fiel execução (art. 84, IV, Constituição da República) dá origem a um novo documento, o regulamento administrativo. Esse nada mais é senão um documento normativo derivado (a que se pode convencionar chamar de documento normativo de *segundo grau*), produzido por um *intérprete* dotado de autoridade (no exemplo, o Presidente da República) e que é *produto* da *interpretação* de um documento normativo de primeiro grau produzido pelo parlamento (a lei). E, como ninguém ignora e é mesmo intuitivo, também esse documento normativo derivado, mesmo sendo *produto* da interpretação de um documento normativo originário, sujeita-se à interpretação, tornando-se *objeto*. De fato, não é estranho falar-se em interpretação do regulamento administrativo²⁴⁷.

Os documentos que são formados como *produto* da interpretação de um outro objeto e, nada obstante, também passam a ser *objeto* de interpretação, são denominados documentos *heterônomos* e formam um grupo com certas características gerais em comum: resultam da interpretação de um objeto autônomo por um *intérprete* dotado de algum grau de *autoridade*; têm caráter *aplicativo* e/ou executivo, vinculando os seus destinatários; e têm como fundamento

²⁴⁶ GUASTINI, RICCARDO. *Dalle fonti alle norme*. [1990] 2ª edição, Torino: Giappichelli, 1992, p. 15-16; ID., *L'Interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 21-25; ID., *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 33-34.

²⁴⁷ Veja-se, por exemplo, em sentido largo, BETTI, EMILIO. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1949, 341-355; MEIRELLES, HELY LOPES. *Direito administrativo brasileiro*. [1964] 42ª edição (em coautoria com José Emmanuel Burle Filho), São Paulo: Malheiros, 2015, p. 51-54.

de legitimidade não apenas a autoridade de quem o produz, mas essencialmente a *correção justificatória* do procedimento intelectual que resulta na sua produção²⁴⁸.

As decisões judiciais podem ser apontadas como exemplos típicos de documentos secundários ou heterônomos e assim costumam ser classificadas²⁴⁹. Com efeito, a decisão judicial é um documento que expressa a interpretação de outros documentos normativos, o que é realizado, em linhas gerais, para a resolução de controvérsias concretas – como ocorre, por exemplo, com a sentença judicial, que é a expressão mais completa e paradigmática desse gênero de documentos normativos. Essa atividade interpretativa que compreende a atribuição de significado a documentos normativos – de modo mais específico, a enunciados normativos selecionados para o caso objeto de exame pela decisão judicial – resulta na individualização (*rectius*: adscrição) de uma norma geral que regula determinada classe de casos cujos traços essenciais, conclui-se, estão presentes no específico caso concreto sob julgamento. Verificado, assim, que o caso sob julgamento é uma instância individual da classe de casos regulada pela norma geral obtida por meio da interpretação, a decisão judicial aplica a norma geral e enuncia a norma individual e concreta que regula a específica situação jurídica objeto do processo. É dizer, portanto, que a decisão judicial é tanto um ato de *adscrição* de significados normativos (normas) a documentos autoritativos, o que é feito para a individualização uma norma geral que regula uma dada classe de casos que se pretende inclua o caso particular examinado; quanto é, ela própria, um ato de *criação* de uma norma individual e concreta a partir da norma geral individualizada como resultado da atividade interpretativa, o que é feito para a solução do caso particular trazido ao exame judicial. A interpretação e aplicação do direito, assim, é também um ato de criação de novo direito²⁵⁰. A decisão judicial, desse modo, passa a ser um *novo documento normativo* – isto é, um texto autoritativo, a partir do qual é possível outorgar no mínimo uma norma individual e concreta. A individualização de qual é essa norma individual e concreta que decorre da decisão judicial igualmente depende (é o *resultado*) de um exercício de interpretação do texto decisório.

É claro que a sentença e as demais decisões judiciais, de modo geral não se resumem *apenas* à interpretação de textos normativos em sentido estrito, embora *também* realizem isso. Mesmo a atribuição de sentido a um texto normativo pelo juiz pressupõe outras atividades, que

²⁴⁸ Cf. TARELLO, GIOVANNI. *L'Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 19-22 e 68-70; BETTI, EMILIO. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1949, p. 341-344.

²⁴⁹ TARELLO, GIOVANNI. *L'Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 20; BETTI, EMILIO. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1949, p. 342. Igualmente, algo nesse sentido, CHIASSONI, PIERLUIGI. *La giurisprudenza civile*. Milano: Giuffrè, 1999, p. XI.

²⁵⁰ KELSEN, HANS. *Pure theory of law*. [1934; 1960] New Jersey: The Law Book Exchange, 2005, p. 234.

antecedem ou atuam ao lado da estrita interpretação textual, como a seleção dos documentos normativos a serem considerados e a sua qualificação como tal; a identificação dos enunciados normativos (que constituem partes dos documentos normativos) a serem levados em conta; a resolução de eventuais conflitos entre normas, mediante a escolha e aplicação de um critério de resolução de antinomias (hierarquia, posteridade, especialidade, coerência, proporcionalidade, razoabilidade, criação de exceções implícitas); o controle de constitucionalidade de sentidos normativos; a identificação e colmatação de lacunas no ordenamento, *etc.*²⁵¹. Mas a atividade de decidir vai além, abrangendo ao menos a verificação da ocorrência e modo de ser dos fatos da causa, a sua qualificação por meio de agrupamentos e levando em conta a norma a ser aplicada, a enunciação (criação) da norma individual e concreta que resolve a controvérsia²⁵², a determinação de atos e providências para o cumprimento da decisão, entre outras atividades. Ou seja, a decisão judicial realiza interpretação textual e metatextual, ocupa-se de outros tipos de atividades interpretativas (como interpretação de atos e fatos) e de diversos outros tipos de atividades que não têm caráter interpretativo, mas essencialmente criativo e executivo.

Sendo o ato por meio do qual o juiz define a causa²⁵³, decidindo sobre o objeto do processo a partir da totalidade do debate havido no curso do procedimento, a sentença é essencialmente o *resultado* (ou a resultante) de toda a *atividade* processual, o seu *produto* final. Nela estão implicadas múltiplas tarefas interpretativas e decisórias, que giram, em grandes linhas, em torno da definição de *questões*²⁵⁴ – de fato e de direito, processuais e materiais,

²⁵¹ TARELLO, GIOVANNI. *L'Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 25-33 e 47-49, engloba todas essas atividades na atividade de interpretação textual com função aplicativa. CHIASSONI, PIERLUIGI. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 63-64 qualifica muitas dessas atividades como exercícios de interpretação *metatextual*. Já GUASTINI, RICCARDO. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 32-33 e 105-211, denomina essas atividades como *construção jurídica*.

²⁵² GUASTINI, RICCARDO. *L'Interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 253, nota 2, fazendo clara distinção entre interpretação e aplicação e incluindo essas atividades entre atos próprios à aplicação do direito, em especial no que toca ao órgão jurisdicional.

²⁵³ Embora esteja sujeita às especificidades da disciplina jurídico positiva de cada ordenamento, a definição da sentença como o ato decisório “que se pronuncia sobre a demanda judicial, acolhendo-a ou rejeitando-a, ou declarando não poder decidir sobre ela” (CHIOVENDA, GIUSEPPE. *Instituições de direito processual civil*. [1933] Volume III, 2ª edição. São Paulo: 1965, p. 238), pode ser muito largamente tomada como um conceito material com alguma pretensão lógico-jurídica, sendo esse o fenômeno jurídico referido no corpo do texto. Deixa-se de problematizar particularidades do conceito jurídico-positivo de sentença na atual disciplina do direito processual civil brasileiro, porque esse debate não interfere no núcleo da análise do tema aqui examinado.

²⁵⁴ Aqui entendidas tanto como qualquer ponto duvidoso, de fato ou de direito; uma incerteza em torno à realidade de um fato, sobre a sua eficácia jurídica, sobre o conteúdo do direito e/ou sua aplicabilidade ao ponto discutido, de que dependa o teor do pronunciamento judicial, como é o caso das questões prévias (cf. CARNELUTTI, FRANCESCO. *Lezioni di diritto processuale civile*. Volume 4. Padova: CEDAM, 1930, p. 3; e DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *O conceito de mérito em processo civil*. Revista de Processo, nº 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, p. 25/28); quanto como no sentido de questão principal, isto é, o *thema decidendum*, que resolve o(s) pedido(s) que formam o objeto litigioso. O CPC-2015, ao referir no art. 458, II, apenas a “questões de fato e de direito” e, no art. 489, III, a “questão principal” contribuiu para a desambiguação do termo nos sentidos acima apontados, diferente do que constava no art. 458, II e III, do CPC-1973, em que o vocábulo aparecia sem complementações, embora expressasse em cada caso diferentes sentidos. Sobre a distinção entre os diferentes tipos

prévias e principal(is) – da causa. Havendo necessidade de relevar, valorar e definir o significado jurídico de variados elementos, de diferentes naturezas, para a decisão de diversas questões, por meio da individualização e aplicação de normas gerais e criação de normas individuais que as resolvam, todas as múltiplas decisões sobre as questões de fato e de direito, processuais e materiais, prévias e principais, que compõem o processo devem não apenas ser devidamente justificadas pelo juiz, como devem sê-lo à luz dos elementos submetidos ao contraditório processual e dele provenientes. Trata-se de um *dever justificatório* de caráter tendencialmente lógico-jurídico, considerada a natureza e função do ato decisório²⁵⁵, e que, no direito processual civil brasileiro, de matriz cooperativa, constitui uma indiscutível exigência jurídico-positiva²⁵⁶ (arts. 6º, 10, 11 e 489, §1º, CPC).

A *estrutura* básica da sentença no direito brasileiro – que é, de modo amplo, a estrutura de todos os atos decisórios²⁵⁷ –, formatada por seus elementos essenciais – relatório, fundamentação e dispositivo (art. 489, I, II e III, CPC) –, bem procura espelhar e comportar essas múltiplas *atividades discursivas* – de relevação, valoração e decisão – praticadas pelo juiz ao julgar a causa²⁵⁸.

O *relatório*, além de conter o nome das partes e a identificação do caso, deve registrar de forma sumária o conteúdo da demanda e da contestação, bem assim das ocorrências principais havidas no andamento do processo (art. 489, I, CPC). Com essa configuração mínima, o relatório potencialmente tem condições de cumprir a sua função de, ao mesmo tempo, sumarizar o objeto do processo, tal como resultou das fases postulatória e organizatória; e historiar quais dos atos processuais praticados ao longo do procedimento foram considerados

de questões BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS. *Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutra processo*. [1978] In: ID., *Temas de direito processual*, 2ª Série. [1980] 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 243. Para uma notável tipologia das questões no direito processual civil brasileiro, DIDIER JR., FREDIE. *Curso de direito processual civil*. Volume 1 [2003], 17ª edição, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 438-445.

²⁵⁵ Considerando as diversas classes de documentos normativos e considerando a motivação uma característica própria - “in tutte le organizzazioni giuridiche moderne – dos documentos normativos heterônomos (também chamados “atos normativos de aplicação”), por todos, TARELLO, GIOVANNI. *L’Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 68-69.

²⁵⁶ Sobre a diferenciação entre conceitos lógico-jurídicos e conceitos jurídicos positivos – utilizada, por exemplo, na definição do conceito de sentença adotado (ver nota 253, *supra*) –, ver DIDIER JR., FREDIE. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 38-53.

²⁵⁷ Conforme apontam DIDIER JR., FREDIE; BRAGA, PAULA SARNO; OLIVEIRA, RAFAEL ALEXANDRIA DE. *Curso de direito processual civil*. Volume 2. [2003] 10ª edição, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 311-312, os elementos essenciais indicados no art. 489, CPC, indicam a estrutura básica de todo tipo de decisão judicial, sujeitando-se, por óbvio, a adaptações tendo em vista o tipo de questão objeto de exame e resolução.

²⁵⁸ É claro que essa não é uma relação estanque. A natureza de cada elemento da decisão não é predeterminada pela sua posição topológica na fundamentação. Assim, como de fato ocorre, pode muito bem o dispositivo material da decisão, isto é, a decisão em sentido estrito, ser buscado na fundamentação. Sobre isso, como bem alertam DIDIER JR., FREDIE; BRAGA, PAULA SARNO; OLIVEIRA, RAFAEL ALEXANDRIA DE. *Curso de direito processual civil*. Volume 2. [2003] 10ª edição, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 352, “[d]eve-se levar em conta o conteúdo para que se possa estabelecer o que compõe o dispositivo da decisão, e não a forma como ela está redigida”.

de maior importância pelo juiz para a decisão da causa. A necessidade de efetuar o relatório, portanto, tendencialmente induz o juiz a passar em revista o processo, as suas ocorrências mais importantes, e, com isso, não apenas torna possível visualizar qual, no entendimento do magistrado prolator, é a configuração fático-jurídica da controvérsia, como contribui para diminuir as possibilidades de que os principais atos produzidos ao longo do procedimento deixem de ser considerados no momento de resolução da causa. É por isso que, apesar de ter caráter estritamente objetivo, eminentemente narrativo e descritivo, e não decisório²⁵⁹, o relatório é elemento essencial, na medida em que por ele o juiz, ao registrar os principais atos do processo e identificar o cerne da causa que lhe foi submetida, *releva* o material fático e jurídico que será utilizado para a decisão²⁶⁰.

A *fundamentação* deve espelhar a análise das questões de fato e de direito (art. 489, II, CPC) relevadas a partir da atividade processual e que confluem para a decisão da causa, devendo o juiz justificar de modo discursivo e racional (arts. 371 e 489, §§1º e 2º, CPC), por meio da enunciação de razões jurídicas, as *valorações* e *decisões* interpretativas sobre as premissas fáticas e jurídicas, qualificações e conclusões que concorrem para a construção do *sistema orgânico de decisões* que resolvem as questões do processo²⁶¹. Sendo certo que os

²⁵⁹ BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS. *O que deve e o que não deve figurar em uma sentença*. [1999] In: ID., *Temas de direito processual*, 8ª Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 119; CRUZ E TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO. *Comentários ao Código de Processo Civil – arts. 485 ao 538*. Volume 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 100.

²⁶⁰ MARINONI, LUIZ GUILHERME; ARENHART, SÉRGIO CRUZ; MITIDIERO, DANIEL. *Novo curso de processo civil (volume 2): tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 414-415, apontam a importância do relatório, sobretudo em um sistema de precedentes: “[o] relatório tem dupla finalidade. Em primeiro lugar, o relatório objetiva permitir que o juiz demonstre para as partes e para a sociedade em geral que conhece o processo que vai julgar. (...). Em segundo lugar, o relatório visa a permitir que seja possível comparar o caso que foi julgado com outros que ainda o serão – a fim de que casos iguais ou semelhantes recebam igualmente o mesmo tratamento (...)”. Também destacando essa dupla função do relatório e a sua importância para a identificação da causa e de seus fatos relevantes (“*material facts*”), indicando que durante o processo legislativo do novo CPC propositalmente foi excluído pela Câmara dos Deputados o adjetivo “sucinto” após “relatório” que constava de proposta inicialmente aprovada no Senado para o hoje artigo 489, I, CPC, DIDIER JR., FREDIE; BRAGA, PAULA SARNO; OLIVEIRA, RAFAEL ALEXANDRIA DE. *Curso de direito processual civil*. Volume 2. [2003] 10ª edição, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 313.

²⁶¹ Conforme bem explica TARUFFO, MICHELE. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975, p. 217-222, a decisão da causa implica uma escolha: o juiz decide enquanto escolhe, entre diferentes soluções teoricamente possíveis da controvérsia, a alternativa que lhe resulta mais “justa” ou “correta”. A caracterização da decisão como uma escolha pela “melhor” alternativa, embora possa parecer banal, torna possível visualizar que, para que o ato de decisão seja racional e passível de controle intersubjetivo, é necessário formular discursivamente as diversas alternativas de solução e expor os elementos de fato e de direito que sustentam cada hipótese decisória, os quais, por sua vez, também são individualizados por meio de decisões (escolhas) antecedentes e, assim, sucessivamente. Resulta, desse modo, que a decisão final da causa é a consequência última de uma concatenação de atos de decisão, que fornecem as alternativas e os critérios para decisões sucessivas. Esse *sistema orgânico de decisões* é organizado conforme uma certa ordem, mirando uma decisão final, que coincide com a verdadeira e própria decisão da causa. Cada decisão, portanto, é condicionada por uma decisão anterior e condiciona a decisão sucessiva. Emerge, assim, um vínculo *lógico-argumentativo* entre os diversos momentos de decisão que concorrem para a decisão final. E todas essas decisões, para serem consideradas racionais, têm de ser justificadas discursivamente à base de fundamentos *lógicos* (demonstração de compatibilidade lógica, de não-contradição, entre as decisões, antecedentes e sucessivas, que formam a cadeia de atos de decisão) e *argumentativos*

raciocínios decisório e justificativo compreendem segmentos lógicos e argumentativos, a estrutura mínima do discurso justificativo da decisão deve dar conta desse complexo de elementos heterogêneos e indicar discursivamente: (1) os elementos que resultam das decisões tomadas pelo juiz em vista à obtenção da norma geral aplicável (“*N*”), à verificação dos fatos (“*F*”), à qualificação jurídica da hipótese concreta (“*Q*”) e à enunciação da norma individual e das consequências jurídicas determinadas para o caso (“*C*”)²⁶²; (2) o contexto dos nexos de implicação e de coerência entre esses elementos, segundo o esquema $(F \leftrightarrow N) \rightarrow Q \rightarrow C$ ²⁶³⁻²⁶⁴; (3) a justificação (“*j*”) dos critérios de decisão (diretrizes) que demonstram a racionalidade da obtenção de cada um desses elementos que concorrem para a decisão final da causa²⁶⁵. Tudo isso pode ser resumido segundo o seguinte esquema estrutural²⁶⁶:

$$\begin{array}{ccccccc}
 (F & \leftrightarrow & N) & \rightarrow & Q & \rightarrow & C \\
 \uparrow & & \uparrow & & \uparrow & & \uparrow \\
 j(F) & & j(N) & & j(Q) & & j(C)
 \end{array}$$

É na fundamentação, portanto, que o juiz *reconstrói e interpreta* ²⁶⁷ *argumentativamente* as narrativas de fato (premissa menor, *F*) e os elementos de direito

(demonstração de que cada decisão da cadeia decisória resulta na escolha pela melhor entre as alternativas decisórias possíveis, escolha essa feita à base de regras-guia, isto é, diretrizes de decisão que justificam a escolha e que, sendo assim, devem por sua vez também ser justificadas). Também identificando esse encadeamento lógico, “uma série de silogismos onde, por exemplo, o enunciado que está na conclusão de um raciocínio interpretativo sobre uma norma (um silogismo interpretativo) é ao mesmo tempo premissa maior de um silogismo em que os fatos relevantes para a justificação da decisão final formam a premissa menor”, BUSTAMANTE, THOMAS DA ROSA DE. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 282.

²⁶² Para uma análise completa de cada um desses elementos implicados na decisão final da causa, ver TARUFFO. MICHELE. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975, p. 222-258.

²⁶³ Importante notar que os símbolos utilizados nesse e nos próximos esquemas não têm o significado de símbolos lógicos tradicionais, como “se ... então” e “se, e somente se”, mas simplesmente buscam transmitir uma relação de ordem e recíproca interação entre esses elementos.

²⁶⁴ Para uma análise dessa estrutura dos nexos de implicação entre os componentes que concorrem para a decisão final, ver TARUFFO. MICHELE. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975, p. 268-275.

²⁶⁵ TARUFFO. MICHELE. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975, p. 467.

²⁶⁶ TARUFFO. MICHELE. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975, p. 275. Esse esquema bem resume a assim chamada *teoria standard da argumentação jurídica*, para a qual uma decisão é corretamente motivada se, e somente se, cada uma das suas decisões é racionalmente justificada do ponto de vista lógico (justificação interna) e argumentativo (justificações externas). Trata-se de proposta de WRÓBLEWSKI, JERZY. *Legal decision and its justification*. Logique et Analyse, Nouvelle Série, vol. 14, n° 53/54. Brussel: Peeters Publishers, 1971, p. 12, e muito bem trabalhada por CHIASSONI, PIERLUIGI. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 13-15.

²⁶⁷ “Como nem os fatos nem o direito independem de *interpretação*, o material com que trabalha o juiz no processo é o *resultado* de uma operação interpretativa” (MARINONI, LUIZ GUILHERME; ARENHART, SÉRGIO CRUZ; MITIDIERO, DANIEL. *Novo curso de processo civil (volume 2): tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 411). A relação entre direito e interpretação vem sendo explorada no corpo do texto e não carece, aqui, de ulteriores referências. Sobre a relação entre fatos e interpretação, evidenciando que o processo não trabalha com fatos *in natura*, mas com *narrações (verões) de fatos*, igualmente sujeitas a vicissitudes interpretativas (reconstrutivas), ver, por todos, TARUFFO, MICHELE. *Il fatto e l'interpretazione*. [2009] Revista de Processo, n° 227. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 31-45.

(premissa maior, *N*) colhidos durante a tramitação do processo, enunciando o seu significado resultante; e também é na fundamentação que o juiz, valendo-se do material fático-jurídico que resulta desse exercício, expõe os nexos *lógicos* de implicação que unem esses elementos e aplica a norma geral que decorre da interpretação (qualificação jurídica, *Q*) para *resolver*²⁶⁸ as questões materiais e processuais, prévias e *também principais*, da causa, por meio da norma individual que regula juridicamente a respetiva questão (conclusão, *C*).

Abre-se aqui espaço para sublinhar esse último ponto: a resolução de *todas as questões* da causa pelo juiz, mesmo da questão principal²⁶⁹, é realizada na fundamentação. Com efeito, se é na fundamentação que o juiz *valora e decide* sobre os elementos fáticos e jurídicos que concorrem para a solução do caso, indicando os nexos lógicos que os unem, qualificando juridicamente os fatos do caso e enunciando o seu regramento jurídico, fica claro que também a conclusão é enunciada na fundamentação. A conclusão consiste na enunciação de uma dada consequência jurídica, que decorre do silogismo judicial, para a hipótese examinada, consequência essa que representa o efeito jurídico previsto pela norma aplicada²⁷⁰ e que dá a solução para a questão objeto de decisão, seja ela prévia, seja ela principal. Segundo essa estrutura, todo o raciocínio lógico-argumentativo empregado no silogismo judicial decisório, inclusive a enunciação da conclusão, que nada mais é do que a norma individual e concreta a ser aplicada, necessariamente estará formulado (de forma explícita ou, ao menos, implícita) na fundamentação.

O *dispositivo* é, por fim, o local em que, em síntese, o juiz anuncia de forma *explícita* o resultado do processo (art. 489, III, CPC), a sua conclusão, enunciando, se não houver condições para o exame de mérito (art. 485, CPC), a extinção do processo por conta de algum

²⁶⁸ “Na motivação, o juiz não se limita a *analisar* questões de fato e de direito, mas *resolve-as*, enuncia o convencimento que terá formado acerca de uma e de outras” (BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS. *O que deve e o que não deve figurar em uma sentença*. [1999] In: ID., *Temas de direito processual*, 8ª Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 118).

²⁶⁹ Sobre os diferentes significados de “questões”, ver acima, nota 254.

²⁷⁰ É oportuno destacar que esse efeito jurídico ou bem pode estar já delineado na norma que, como resultado da atividade interpretativa, foi individualizada, do que resultará a mera aplicação mecânica dessa consequência (pense-se na fórmula tradicional das regras, com suporte fático e consequente definidos); ou bem pode aparecer ainda indeterminado, carente de ulterior concretização (pense-se na fórmula, própria às cláusulas gerais, por exemplo, tipicamente sem previsão de consequências legais no enunciado normativo), o que deverá ser matéria de ulterior esforço de valoração e decisão para tornar possível a aplicação. Sobre a *interpretação* ou *construção* da consequência jurídica, conforme se parta de um texto normativo com formulação clássica (suporte fático e consequente definidos) ou conforme a nova técnica legislativa (suporte fático propositalmente mais aberto, com ou sem consequente delineado), WRÓBLEWSKI, JERZY. *Legal decision and its justification*. Logique et Analyse, Nouvelle Série, vol. 14, nº 53/54. Brussel: Peeters Publishers, 1971, p. 417; TARUFFO, MICHELE. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975, p. 272, nota 117. Sobre a estrutura das cláusulas gerais, ver, por todos, MARTINS-COSTA, JUDITH. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 329-341.

defeito processual; ou, se houver condições de prolação de um juízo de mérito (art. 487, CPC), se acolhe ou não o pedido formulado pelo autor na ação (e, eventualmente, pelo réu em reconvenção) e para qual finalidade; e, em caso de juízo de acolhimento, ordenando o que deve ser feito para a efetiva tutela do direito reconhecido – além de prover sobre outras questões acessórias decorrentes do encerramento do processo naquele grau de jurisdição (como a distribuição dos ônus sucumbenciais e providências cartorárias, por exemplo)²⁷¹.

De modo paralelo e complementar ao que dito no penúltimo parágrafo, deve-se também destacar que, como a resolução da questão principal decorre da conclusão silogística do raciocínio justificatório de tipo lógico-argumentativo desenvolvido na fundamentação, o dispositivo sentencial no mais das vezes não enuncia propriamente a *norma jurídica individual e concreta* que, sendo a consequência do raciocínio silogístico lógico-argumentativo realizado na fundamentação, resolve a questão principal, mas sim – e necessariamente – o *enunciado judicial performativo* que decorre dessa norma individual e concreta. Note-se, para bem de conferir clareza ao que se está dizendo, que é necessário distinguir o *enunciado normativo* do *enunciado judicial performativo*. O *enunciado normativo* expressa a conclusão do julgador suportada por raciocínios justificatórios a partir de um conjunto de premissas normativas e não-normativas (fatuais, interpretativas, qualificatórias). Os enunciados normativos, assim, exprimem normas individuais, que constituem as conclusões de raciocínios silogísticos lógico-argumentativos – e, portanto, suscetíveis de serem considerados racionalmente justificados ou injustificados conforme estejam devidamente apoiados em justificações interna (lógica) e externas (argumentativas)²⁷². O enunciado normativo que resolve a questão principal exprime a norma individual que define a causa. Já o *enunciado judicial performativo* é uma enunciação por meio da qual o juiz realiza afirmações com diferente força ilocutória²⁷³, isto é, atos linguísticos que consistem na realização ou possibilidade de realização de diferentes ações nomeadas pelo respectivo vocábulo, tais como condenar alguém a pagar certa quantia a outrem (“PELO EXPOSTO, *condeno* (A) a pagar a (B) a quantia de ...”), ordenar que alguém faça ou deixe de fazer algo (“PELO EXPOSTO, *ordeno* a (A) que ...”), desconstituir um determinado

²⁷¹ MARINONI, LUIZ GUILHERME; ARENHART, SÉRGIO CRUZ; MITIDIERO, DANIEL. *Novo curso de processo civil (volume 2): tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 415; DIDIER JR., FREDIE; BRAGA, PAULA SARNO; OLIVEIRA, RAFAEL ALEXANDRIA DE. *Curso de direito processual civil*. Volume 2. [2003] 10ª edição, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 349-352.

²⁷² Sobre a distinção entre justificação interna e externa, ver *infra*, nota 280.

²⁷³ Conforme linguagem de AUSTIN, JOHN LANGSHAW. *How to do things with words*. [1955] Oxford: Oxford University Press, 1962, p. 147-156, também referida por CHIASSONI, PIERLUIGI. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 17, nota 10. Sobre a sentença como ato ilocutório, igualmente partindo de J. L. Austin, ver também KEMMERICH, CLÓVIS. *Sentença obscura e trânsito em julgado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 49-53.

negócio jurídico (“PELO EXPOSTO, *decreto a invalidade do contrato (x) ...*”) *etc*²⁷⁴. Considerada essa diferenciação, parece ser possível dizer que aquilo que o dispositivo propriamente verbaliza é um *enunciado performativo*, que, para estar racionalmente justificado, deve necessariamente ser uma decorrência do (estar suportado pelo) enunciado normativo²⁷⁵.

3. A Dupla Dimensão da Tutela Jurisdicional dos Direitos e a Dupla Perspectiva da Interpretação Normativa da Decisão Judicial. A Norma Geral e a Norma Individual como Produtos da Interpretação Normativa da Decisão Judicial

O breve exame dos elementos essenciais da sentença feito no ponto anterior pode ser considerado, em si mesmo, uma forma de interpretação da decisão judicial enquanto documento normativo. Assim é, entre outras razões, porque por meio dessa *análise estrutural* é possível responder, por exemplo, se um dado ato judicial reúne as características *necessárias* para ser considerado uma decisão e, como tal, um documento normativo heterônomo, ao qual tendencialmente repelem cânones de interpretação ligados à vontade ou intenção do seu autor, ao contrário de outros documentos normativos²⁷⁶.

A decisão judicial, no entanto, submete-se a outros tipos de análise com viés interpretativo²⁷⁷. Uma delas tem especial interesse para o prosseguimento do trabalho: trata-se da *análise normativa* da decisão judicial, ou simplesmente *interpretação da decisão em função normativa*. Como visto, a decisão judicial, enquanto documento normativo heterônomo que é, tanto exprime o *resultado* de uma atividade interpretativa, como é ela mesma um *objeto* sujeito

²⁷⁴ CHIASSONI, PIERLUIGI. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 17-18. A diferenciação entre esses diferentes enunciados, embora com outra nomenclatura (*reason* e *action*, para referir-se a ideias equivalentes, respectivamente, a *enunciados normativos* e *enunciados performativos*), é feita também por MACCORMICK, NEIL. *Rhetoric and the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 55-56.

²⁷⁵ Como bem explica MACCORMICK, NEIL. *Rhetoric and the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 56, embora a relação entre enunciado normativo e performativo não seja obrigatória do ponto de vista *lógico*, pois não é dedutiva (“the relation between justifying reason and action is not one of deduction or inference”), isso não quer dizer nem que a obtenção do enunciado normativo não é uma decorrência obrigatória de um raciocínio lógico-dedutivo válido a partir de premissas argumentativamente sustentadas (“but this does not mean that the justifying reason cannot itself be established by deduction or inference”), muito menos que não existe uma relação de obrigatoriedade do ponto de vista *jurídico* de o enunciado performativo expressar uma determinação que seja consistente com o enunciado normativo, sob pena de expressar uma determinação carente de base justificatória (“we would surely demand to know under what procedural dispensation and with what legal justification it could possibly do so”) e, como tal, juridicamente inválida, embora existente.

²⁷⁶ À diferença, por exemplo, de outros grupos de documentos normativos, que resultam de acordos ou compromissos, entre interesses contrapostos ou comuns, como é o caso dos *contratos*, para o qual é fator de primeira relevância a utilização de cânones que permitam a identificação da vontade ou intenção do seu autor. Sobre o tema, TARELLO, GIOVANNI. *L'Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 19-20.

²⁷⁷ CHIASSONI, PIERLUIGI. *La giurisprudenza civile*. Milano: Giuffrè, 1999, p. XII-XIV e *passim* aponta ao menos cinco tipos de análises a que as sentenças podem ser submetidas: a) análise estrutural; b) análise endoprocessual; c) análise extraprocessual; d) análise funcional; e) análise argumentativa.

à interpretação. De fato, a decisão judicial *reconstrói* no plano geral uma máxima de conduta (norma) e aplica-a, *criando* concretamente uma norma individual a ser observada por seus destinatários. O entendimento de ambos esses significados preceptivos da decisão judicial requer uma interpretação do documento decisório em função normativa²⁷⁸, isto é, uma interpretação capaz de individualizar essas normas. A análise normativa, da decisão judicial, portanto, tem por finalidade justamente a identificação das normas que decorrem da decisão judicial²⁷⁹.

Conforme indicado, ao ter diante de si a tarefa de decidir uma determinada causa, o órgão jurisdicional realiza basicamente o seguinte exercício: recolhe e examina o material produzido durante o processo; organiza-o discursivamente, verificando e indicando, basicamente, quais são as questões (de fato e de direito, processuais e materiais, prévias e principais) que devem ser resolvidas; valora, a partir do material produzido, organizado e indicado discursivamente, os possíveis significados a respeito dos fatos e do direito envolvidos nas questões submetidas à decisão; decide a respeito do significado dos fatos discutidos e do direito que regula a situação concreta, individualizando uma norma geral e um conjunto de fatos relevantes; indica os nexos de implicação entre esses elementos para aplicar a norma geral obtida como resultado da interpretação, qualificando juridicamente os fatos da causa; e enuncia uma norma individual que regula a situação jurídica particular objeto do processo, atribuindo-lhe determinadas consequências jurídicas.

Alçando mão de um *esquema lógico de reconstrução da decisão judicial*²⁸⁰, que é uma importante ferramenta analítica de auxílio para a elucidação da estrutura das decisões judiciais

²⁷⁸ BETTI, EMILIO. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1949, p. 341.

²⁷⁹ CHIASSONI, PIERLUIGI. *La giurisprudenza civile*. Milano: Giuffrè, 1999, p. XIII.

²⁸⁰ É oportuno chamar a atenção para o fato de que, embora seja certamente equivocado imaginar que a justificação da decisão resume-se ou deva resumir-se a um silogismo, é igualmente errado recusar-lhe um importante momento *lógico* e sintetizá-la como um exercício unicamente *argumentativo*. Como bem afirma MACCORMICK, NEIL. *Rhetoric and the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 54, “recourse to the legal syllogism is a necessary part of the rhetoric of legal justification”. Ou, nas palavras de TARUFFO, MICHELE. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975, p. 262, “la logica non esaurisce il ragionamento del giudice, ma neppure è ad esso estranea”. De fato, uma sentença judicial apenas pode ser considerada racionalmente justificada se cada uma de suas diversas decisões interpretativas for racionalmente justificada, isto é, for capaz de ser amparada do ponto de vista *lógico* e *argumentativo*; em outras palavras, do ponto de vista das justificações *interna* e *externa* da decisão (o esquema correspondente à chamada “logical justification *sensu largo*”, de WRÓBLEWSKI, JERZY. *Legal decision and its justification*. Logique et Analyse, Nouvelle Série, vol. 14, n° 53/54. Brussel: Peeters Publishers, 1971, p. 409-419). A *justificação interna* recobre o elemento lógico da decisão e toca à verificação da correção da conclusão por meio do exame de validade da inferência feita a partir das premissas. A *justificação externa* diz respeito ao elemento argumentativo, isto é, à justificação do estabelecimento do conteúdo das premissas, de fato e de direito, utilizadas no silogismo judicial. Grosso modo, esses dois níveis de fundamentação estão representados no esquema estrutural apresentado *supra* (Parte II, ponto 2). Logo, se de um lado é correto afirmar que o raciocínio justificativo não se resume ao seu momento lógico (justificação interna), na medida em que uma justificação racional tem que fundamentar *argumentativamente* a escolha e conteúdo das premissas; é igualmente incorreto resumir a justificação ao só momento *argumentativo* (justificação externa), visto

e dos seus componentes normativos²⁸¹, todas essas atividades cognitivas, valorativas, decisórias e criativas implicadas na prolação de uma decisão judicial poderiam ser muito bem resumidas em três passos: a individualização de uma norma jurídica geral e abstrata que regula uma determinada classe de situações jurídicas que, pretende-se, tem relação com os fatos individualizados; a verificação de que a situação jurídica específica que é objeto do processo²⁸² é um exemplar da classe de situações jurídicas regulada pela norma geral individualizada; a aplicação da norma geral para a criação de uma norma jurídica individual e concreta, com o conteúdo alinhado à norma jurídica geral, para regular a situação jurídica específica objeto do processo²⁸³. Trata-se do esquema lógico-estrutural silogístico básico²⁸⁴ $(F \leftrightarrow N) \rightarrow Q \rightarrow C$ delineado no ponto anterior²⁸⁵. Essa fórmula é um instrumento crucial para o exame da racionalidade da decisão judicial e torna possível evidenciar as *duas proposições normativas* que formam o silogismo decisório: uma *premissa maior* (*N*), que consiste em um *norma jurídica geral*; e uma *conclusão* (*C*), que consiste em uma *norma jurídica individual*.

Tal esquema, que é de grande importância para a interpretação da decisão em função normativa, torna evidente que é possível reconstruir a partir da decisão judicial os *dois discursos*

que uma justificação racional tem que fundamentar *logicamente* o encadeamento das proposições (premissas e conclusões) que formam a cadeia de decisões até a solução final da causa. Assim, a correta crítica às denominadas *teorias* e *doutrinas* silogísticas do raciocínio *decisório* (que pregam que a decisão e/ou a sua justificação sejam ou devam ser fruto de atividades exclusivamente lógicas, especificamente de tipo silogístico-dedutivo – cf., por todos, ROCCO, ALFREDO. *La sentenza civile*, Torino: Fratelli Bocca, 1906, *passim*, em especial p. 34) não pode passar do ponto e chegar até à negação da aplicação e utilidade do *método lógico-argumentativo* de aferição de racionalidade da justificação das decisões proveniente das *teorias* e *doutrinas* silogísticas do raciocínio *justificatório* (que utilizam sim, como um de seus elementos – não o único –, o ferramental do silogismo). Sobre o tema, na teoria do direito, além dos já citados trabalhos de Jerzy Wróblewsky (*op. cit.*, *passim*), Neil MacCormick (*op. cit.*, p. 32-77) e Michele Taruffo (*op. cit.*, p. 207-317), ver, exemplificativamente, CHIASSONI, PIERLUIGI. *La giurisprudenza civile*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 151-176; ID., *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 13-16 e 19-21; e BUSTAMANTE, THOMAS DA ROSA DE. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 276-282. Sobre o tema, aplicando a teoria ao direito processual civil brasileiro, MARINONI, LUIZ GUILHERME; ARENHART, SÉRGIO CRUZ; MITIDIERO, DANIEL. *Novo curso de processo civil (volume 2): tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 412-413; MOTTA, OTÁVIO VERDI. *Justificação da decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 138-151; KOCHER, RONALDO LUIZ. *A fundamentação da decisão judicial: objeto e critérios de controle*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), 2016, *passim*.

²⁸¹ CHIASSONI, PIERLUIGI. *The philosophy of precedent*. In: BUSTAMANTE, THOMAS DA ROSA DE; BERNAL PULIDO, CARLOS (orgs.). *On the philosophy of precedent*. Stuttgart: Franz Steiner, 2012, p. 21; BUSTAMANTE, THOMAS DA ROSA DE. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 278.

²⁸² Sendo mais preciso: uma situação jurídica que constitui uma *questão* do processo, seja ela material ou processual, seja ela prévia ou principal.

²⁸³ Da mesma forma, uma situação jurídica que constitui uma *questão* do processo que deve ser resolvida, seja de forma incidental, seja de forma principal.

²⁸⁴ Cf. CHIASSONI, PIERLUIGI. *La giurisprudenza civile*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 151-152 e 157, o silogismo judicial – que em verdade observa variadas formas – é um tipo de silogismo *prático*, assim entendidos aqueles cuja premissa maior e a conclusão são enunciados que exprimem proposições prescritivas, à diferença de silogismos *teóricos*, que são constituídos por três proposições apofânticas (isto é, enunciados que exprimem significados verdadeiros).

²⁸⁵ TARUFFO, MICHELE. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975, p. 268-270.

que estão no foco da função jurisdicional e da teoria do processo civil contemporâneas, que respondem à dupla dimensão da tutela jurisdicional dos direitos: um *discurso voltado para a ordem jurídica* e um *discurso voltado para o caso*²⁸⁶. Em outras palavras, a partir do *documento normativo* decisão judicial é possível extremar, por meio de uma análise da decisão em função normativa, dois *enunciados normativos* passíveis de interpretação²⁸⁷.

Uma primeira forma de interpretação em função normativa da decisão judicial visa à individualização da *norma jurídica geral* utilizada como premissa normativa (premissa maior, N) do silogismo empregado para a decisão da causa²⁸⁸. Essa modalidade de análise normativa tem como foco o *discurso da decisão voltado para a ordem jurídica*, ou seja, um conjunto de operações complexas, *lato sensu* interpretativas, de variados tipos (em síntese, de atividades de interpretação textual e metatextual), realizadas pelo órgão jurisdicional para expressar como, em seu entendimento, o direito regula uma determinada classe de situações jurídicas – classe essa que, pretende-se, compreende a particular situação jurídica examinada. Sendo certo que a individualização dessa norma jurídica geral não é feita *in abstracto* pelo juiz prolator da decisão, mas sim tendo em conta as características *in concreto* do caso, notadamente do *thema decidendum* da causa, tal como resulta da fase postulatória (arts. 319 e ss. e art. 335 e ss., CPC), no quadro fixado na fase de organização do processo (art. 357, II e IV, CPC), que guiará a prolação da decisão (art. 489, CPC) – o primeiro trecho do esquema estrutural antes desenhado, aliás, bem representa graficamente essa recíproca influência caso-norma: $(F \leftrightarrow N)$ ²⁸⁹ –, essa

²⁸⁶ MITIDIÉRO, DANIEL. *Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial*. Revista de Processo, nº 206. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 62; ID., *Cortes superiores e cortes supremas*. [2013] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 28.

²⁸⁷ DIDIER JR., FREDIE; BRAGA, PAULA SARNO; OLIVEIRA, RAFAEL ALEXANDRIA DE. *Curso de direito processual civil*. Volume 2. [2003] 10ª edição, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 311 e 389.

²⁸⁸ Mais propriamente, para a decisão de uma *questão* da causa. De fato, como dito, a decisão judicial demanda o enfrentamento e resolução de diversas *questões*, que podem ser de diversas ordens (ex.: material e processual) e estarem ou não ligadas por um nexos lógico de prejudicialidade-dependência (ex.: questão prejudicial, questão prejudicada). Para a resolução de todas essas questões da causa é aplicável o esquema estrutural $(F \leftrightarrow N) \rightarrow Q \rightarrow C$, com o que, conclui-se, a decisão judicial é composta por uma pluralidade de esquemas lógico-argumentativos desse tipo, que podem ou não ser dependentes um do outro (exemplo de esquemas independentes são os que resolvem diferentes pedidos apresentados em cumulação simples – art. 327 CPC; exemplo de esquemas dependentes, além dos que resolvem a resolução da questão prejudicial e da questão prejudicada, são os que resolvem diferentes pedidos apresentados em cumulação subsidiária – art. 326, CPC). Sobre o emprego desse esquema estrutural para a resolução das diversas questões da causa e sobre os seus nexos lógicos, ver TARUFFO. MICHELE. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975, p. 272-275. Por comodidade de exposição, no entanto, não serão feitas notas observatórias para a chamar a atenção sobre essa situação (que o esquema é aplicável para as diversas questões da causa, e não apenas para a questão principal) todas as vezes que se fizer referência ao emprego do esquema para a decisão da causa.

²⁸⁹ Em uma frase, poder-se ia dizer que a escolha (*rectius*: interpretação) dos fatos conduz à escolha (*rectius*: interpretação) da norma. E vice-versa. Sobre o ponto, ver HOPKINS, JAMES D. *Fictions and the judicial process: a preliminary theory of decision*. Brooklyn Law Review, vol. 34, nº 1, 1966, p. 1-16, em especial p. 3; e TARUFFO, MICHELE. *Il fatto e l'interpretazione*. [2009] Revista de Processo, nº 227. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 33 e 39-43; LANES, JÚLIO CESAR GOULART. *Fato e direito no processo civil cooperativo*. São

forma de análise normativa da decisão judicial necessariamente deve considerar o *contexto* de toda a atividade processual²⁹⁰. Como resultado dessa primeira forma de análise normativa deve ser possível ao intérprete obter a denominada *ratio decidendi* da decisão judicial, ou seja, em linhas gerais, a norma jurídica geral utilizada pelo órgão jurisdicional prolator como critério de decisão da situação jurídica analisada.

Uma segunda forma de interpretação em função normativa da decisão judicial tem como finalidade a individualização da *norma jurídica individual* que decorre como resultado (conclusão, C) do silogismo empregado para a decisão da causa²⁹¹. Essa modalidade de análise normativa leva em consideração o *discurso da decisão judicial voltado para o caso*, ou seja, a atividade do órgão jurisdicional voltada à enunciação da norma individual que soluciona uma situação jurídica específica objeto do processo. Quando a questão resolvida é apresentada de forma principal no processo, essa norma jurídica individual a rigor deve expressar o chamado *decisum*, isto é, o pronunciamento judicial que faz lei entre as partes, com aptidão de tornar-se imutável e indiscutível pela proteção conferida pela *coisa julgada* (art. 502, CPC). O mesmo esquema de análise normativa da decisão judicial, no entanto, é utilizado para identificar a norma jurídica individual e concreta que resolve uma questão prejudicial, a qual, observada determinadas condições, igualmente tem aptidão para tornar-se um pronunciamento imutável e indiscutível, que faz lei entre as partes, protegido pela coisa julgada (art. 502, §1º, CPC).

A primeira dessas duas modalidades de análise normativa está implicada na denominada *interpretação do precedente*²⁹². A segunda, na chamada *interpretação da coisa julgada*²⁹³. É necessário, no entanto, destacar bem de que tipo de interpretação se está tratando,

Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, *passim*; e DOMIT, OTÁVIO AUGUSTO DAL Molin. *Iura novit curia* e causa de pedir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 81-86.

²⁹⁰ TARUFFO, MICHELE. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975, p. 225-229: “In realtà, il procedimento di formulazione delle ipotesi di decisione si intreccia col procedimento di verifica e di scelta sulla base del *thema decidendum*, in un rapporto di interrelazione dialettica non riconducibile a forme statiche. (...) Le ipotesi di decisione che, per così dire, sopravvivono alle verifiche di inadeguatezza compiute nel corso dell'*iter* decisorio, rappresentano il campo delle alternative entro le quali il giudice sceglie la decisione finale. (...) La dialettica del procedimento, infine, non riguarda solo il momento finale testé descritto, bensí specialmente la struttura del processo di *discovery* e *trial* che mette capo ai modelli alternativi tra cui il giudice sceglie la decisione”.

²⁹¹ Novamente aqui, sendo rigoroso, para a decisão de uma *questão* da causa.

²⁹² CHIASSONI, PIERLUIGI. *La giurisprudenza civile*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 145-146; ID., CHIASSONI, PIERLUIGI. *Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto*. *Analisi e Diritto*, 2004, p. 89. Essa expressão parece ter sido utilizada de maneira propositalmente ambígua e sugestiva na excepcional e famosa coletânea organizada por MACCORMICK, NEIL; SUMMERS, ROBERT SAMUEL (orgs.). *Interpreting precedentes: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997.

²⁹³ CHIASSONI, PIERLUIGI. *La giurisprudenza civile*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 72-73; ID., *Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto*. *Analisi e Diritto*, 2004, p. 89.

qual a concepção de interpretação jurídica que aqui se tem em conta e, com isso, precisar essas denominações.

Tal como se disse em relação à interpretação dos documentos e enunciados normativos autônomos (de que é exemplo paradigmático a lei)²⁹⁴, também em relação à decisão judicial – que, como se viu, é igualmente um documento normativo, embora heterônomo – é aplicável a noção de que a interpretação não é simplesmente uma atividade de *reconhecimento* de significados previamente existentes, de modo pronto, mas sim uma atividade de *adscrição* de significados, o que implica atividades interpretativas cognoscitivas, valorativas e decisória. As normas que decorrem da decisão judicial (norma geral e norma individual) não são, portanto, um *dado* que independe da interpretação, mas sim um *produto* da atividade interpretativa de atribuição de significado normativo à decisão. Em outras palavras, a individualização das normas jurídicas outorgadas pela decisão judicial é resultado da interpretação; a interpretação tem como *objeto* a decisão judicial, mais precisamente o texto decisório, que outra coisa não é senão um documento normativo; e as normas jurídicas *geral* e *individual* que decorrem da decisão, que respectivamente respondem à dimensão geral (discurso voltado para a ordem jurídica) e à dimensão particular (discurso voltado para o caso) da tutela dos direitos proporcionadas pelo processo civil, são o *produto* (e não o objeto) da interpretação da decisão judicial. Desse modo, pode-se dizer que também em relação à decisão judicial é verdadeira a afirmação de que a interpretação é uma atividade de cujo resultado o significado normativo depende, com o que se reafirma o caráter permanente, e não episódico, da interpretação na vida do direito²⁹⁵.

Sendo assim, com a consciência de que também o texto decisório padece, dentre outros, de problemas interpretativos que podem ser reconduzidos às classes de questões que tornam o direito indeterminado²⁹⁶, a proposta que aqui se apresenta é a da adoção de uma concepção antiformalista (moderada) não somente para a interpretação de documentos normativos autônomos (como a lei), mas também para a interpretação da decisão judicial (documento normativo heterônomo). Trata-se de um alvitre que é menos uma exageração das ideias próprias das correntes ligadas ao ceticismo interpretativo – uma delas, a moderada, aqui tomada como base de trabalho – e mais uma orientação natural e necessária, além de ser uma exigência de *coerência* no tratamento de questões ligadas à interpretação jurídica de

²⁹⁴ Ver *supra*, ponto 2.

²⁹⁵ MITIDIERO, DANIEL. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. [2016] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 57.

²⁹⁶ Em síntese, problemas de equívocidade e de vagueza, conforme será trabalhado a seguir (*infra*, Parte II, ponto 4).

documentos normativos que, embora diferentes e com peculiaridades que merecem ser respeitadas, compartilham um núcleo de problemas e desafios interpretativos comuns, que inspiram o mesmo tipo de tratamento – além de outros tantos problemas diversos, mas que comportam tratamentos análogos.

Nada obstante, não é comum perceber na literatura jurídica, mesmo entre os autores que adotam uma postura ceticamente orientada sobre a interpretação de documentos normativos autônomos (caso paradigmático da interpretação da lei), muita atenção para a necessidade de interpretação da decisão judicial e para os problemas que daí decorrem²⁹⁷. Experimenta-se ainda em boa parte o predomínio de uma concepção (formalista) sobre a interpretação desse tipo de documento normativo²⁹⁸. Em outras palavras, o que se percebe é que, tendo em vista o problema da interpretação da lei, não se tem dificuldade para encontrar trabalhos que afirmem que as normas são produto da interpretação dos juízes, isto é, da atividade de atribuição de significado normativo a textos legais; mas quando se trata da interpretação dos textos produzidos pelos juízes (isto é, a interpretação das decisões judiciais), o problema da interpretação muitas vezes não é sequer posto, dando indícios de uma crença predominante de que as normas que decorrem da decisão são um *dado* autoevidente, que independe da interpretação ou que, quando muito, apenas devem ser interpretadas nos casos em que, excepcionalmente, algum tipo de defeito torne o comando decisório de algum modo obscuro e, aí sim, demande interpretação. De certo modo, parece que a interpretação da decisão costuma ser compreendida do modo como o chamado “positivismo ingênuo” oitocentista concebia a interpretação da lei: uma interpretação lógica ou mecanicista, que simplesmente *reproduz* (declara) o conteúdo já completamente *dado* da decisão, uma atividade meramente cognoscitiva de explicitação, com meios puramente lógico-rationais, do resultado da vontade subjetiva do

²⁹⁷ Merecem destaque exemplificativo algumas *exceções* na doutrina brasileira à abordagem de viés formalista da interpretação da decisão judicial. Do ponto de vista da interpretação da decisão para a obtenção da norma individual, DIDIER JR., FREDIE; BOMFIM, DANIELA SANTOS. *Comportamento da parte e interpretação da coisa julgada: o caso do Campeonato Brasileiro de Futebol de 1987*. In: ID., *Pareceres*. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 151-155; e DIDIER JR., FREDIE; BRAGA, PAULA SARNO; OLIVEIRA, RAFAEL ALEXANDRIA DE. *Curso de direito processual civil*. Volume 2. [2003] 10ª edição, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 389 e ss.. Do ponto de vista da interpretação da decisão para a obtenção do precedente, ZANETI JR., HERMES. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 144-145; MARINONI, LUIZ GUILHERME; ARENHART, SÉRGIO CRUZ; MITIDIERO, DANIEL. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 873; e MACÊDO, LUCAS BURIL DE. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. [2015] 2ª edição, Salvador: JusPodivm, 2017, p. 239.

²⁹⁸ Conforme bem destacado por FERRER BELTRÁN, JORDI. *El gen iusrealista de Michele Taruffo: la teoria del precedente judicial*. [2015] Disponível em http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2015_jordiferrer.pdf, consulta em 17.01.2018, p. 12. Uma exceção pode ser encontrada em CHIASSONI, PIERLUIGI. *La giurisprudenza civile*. Milano: Giuffrè, 1999, *passim*.

juiz²⁹⁹. Essa postura reflete algumas das mais severas convicções do formalismo interpretativo radical e, como tal, mal se acomoda com uma concepção antiformalista da interpretação jurídica, aqui adotada. E, nada obstante, esse parece ser um modo mais corriqueiro de abordagem do tema. É necessário, no entanto, definitivamente mudar essa perspectiva de tratamento do problema da interpretação da decisão judicial: não passar do nobre sonho ao pesadelo³⁰⁰, mas despertar para a *realidade*, a fim de enxergar os problemas existentes sobre essa temática, discuti-los abertamente e – o que mais interessa – tornar possível a construção de soluções *seguras*. É isso o que uma abordagem antiformalista moderada do tema da interpretação da decisão judicial pode e busca fazer.

Sendo assim, a expressão “interpretação do precedente” não pode ser entendida senão como uma elipse para designar a atividade que mais precisamente deve ser descrita como “interpretação da decisão para a obtenção do precedente”. Essa nomenclatura deixa claro, a partir de uma perspectiva antiformalista moderada, que o precedente – que em termos gerais poderia ser descrito como um pronunciamento judicial autoritativo sobre o significado do direito a respeito de uma determinada classe de questões jurídicas, pronunciamento esse que constitui uma norma geral que orienta, de forma mais ou menos vinculante, a tomada de decisões futuras sobre questões envolvendo uma situação jurídica pertencente à classe examinada – é em verdade um *produto* da interpretação de determinadas decisões judiciais, antes do que o *objeto* propriamente dito da interpretação. Da mesma forma, a expressão “interpretação da coisa julgada” é também uma elipse para denominar a atividade de “interpretação da decisão para a obtenção da norma jurídica individual protegida pela coisa julgada”. Também nessa perspectiva, a identificação da norma jurídica individual criada pelo órgão jurisdicional para disciplinar a particular situação jurídica trazida pelas partes como objeto litigioso de um processo (ou, em alguns casos, uma particular situação jurídica que é prejudicial à análise da situação jurídica que constitui o objeto litigioso) e com aptidão para tornar-se imutável e indiscutível é um *produto* da atividade interpretativa da decisão judicial, e não o *objeto* da interpretação. Ainda que se adotem as formas elípticas por comodidade de expressão, o importante é ter presente que não se pode olvidar da separação entre texto decisório e normas que decorrem como significado normativo da decisão judicial após a sua interpretação.

²⁹⁹ Algo nesse sentido, retratando embora a teoria da interpretação lógica ou mecanicista da lei, CHIASSONI, PIERLUIGI. *Positivismo giuridico*. Modena: Mucchi Editore, 2013, p. 24-25.

³⁰⁰ Não apenas as expressões, mas o pensamento que por ela é descrito, são tomados de empréstimo de HART, HERBERT LIONEL ADOLPHUS. *American jurisprudence through English eyes: the nightmare and the noble dream*. Georgia Law Review, vol. 11, n° 5, 1977, p. 969-989.

Em fechamento a esse ponto, ainda buscando demonstrar a natureza e função dessa dupla dimensão da interpretação da decisão judicial em função normativa e das denominações utilizadas para descrevê-las, vale a pena destacar que ambas essas formas de análise normativa são imprescindíveis tanto para o *controle* quanto para a *observância* da decisão judicial.

A decisão judicial pode ser submetida a um *controle* de racionalidade (que também é, claro, de juridicidade) lógico-argumentativo, seja pela via recursal, seja por outros meios de impugnação. Do ponto de vista normativo, esse controle pode ter *pelo menos* (não apenas) dois objetos: o primeiro, a justificação externa normativa da decisão judicial, isto é, a racionalidade substancial (*nihil sine ratione*) da construção da norma jurídica geral (premissa maior, *N*) da decisão, exame a ser feito a partir da suficiência argumentativa da justificação dessa premissa; o segundo, a justificação interna da decisão judicial, isto é, a racionalidade formal ou lógica (princípio de não contradição) da inferência de que resulta a norma jurídica individual (conclusão, *C*) após a aplicação da norma geral (qualificação jurídica, *Q*), que consubstancia a decisão propriamente dita³⁰¹. A primeira dessas formas de análise normativa está necessariamente implicada, entre outras coisas, no controle de fidelidade da decisão a um precedente vinculante (art. 927, CPC) que orienta autoritativamente a solução da questão específica examinada. Desse modo, eventual recurso que sustente o *desrespeito* da decisão ao precedente vinculante obrigatoriamente deverá demonstrar, em suas razões recursais, o equívoco da construção da norma jurídica geral utilizada como premissa (normativa) da decisão – equívoco esse entendido como o desrespeito à orientação vinculante que provém do precedente. Para isso, é claro, o recorrente deverá empregar a primeira das duas modalidades de análise normativa examinadas não apenas para individualizar a norma jurídica geral utilizada pelo juiz prolator da decisão recorrida, como também para interpretar a decisão paradigma e obter a *ratio decidendi* que consubstancia o precedente que constitui autoridade vinculante sobre a questão examinada. Poderá arguir em seu recurso, por hipótese, que a interpretação (isto é, o significado normativo que é produto da interpretação) dada pela decisão recorrida a uma determinada disposição normativa que regula a questão controvertida difere da interpretação fixada pelo precedente como o significado normativo (isto é, a norma) que decorre daquela mesma disposição em uma situação jurídica semelhante³⁰². Nesse caso, embora tenham-se

³⁰¹ CHIASSONI, PIERLUIGI. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 14-15.

³⁰² As causas dos diferentes resultados (isto é, das diferentes normas) obtidos pela decisão recorrida e pela decisão paradigma, da qual se obtém o precedente, com a interpretação da mesma disposição normativa podem ser variadas, mas normalmente decorrerão do emprego de diferentes *diretrizes interpretativas*, primárias (diretrizes de significado, por exemplo, diretrizes literais, sistemáticas ou teleológicas) e secundárias (diretrizes que determinam o uso das primeiras diretrizes, por exemplo, diretrizes procedimentais e preferenciais). A decisão sobre o emprego dessas diferentes diretrizes normativas deverá estar indicada na fundamentação, na justificação da

como objeto de exame duas decisões judiciais (recorrida e paradigma), a forma de análise normativa implicada tem como foco a mesma categoria normativa – as normas jurídicas gerais reconstruídas e aplicadas pelo precedente e pela decisão paradigma, passíveis assim de comparação³⁰³. Daí porque, finalmente tratando da questão de nomenclatura, não parece adequado denominar “extraprocessual”³⁰⁴ tal forma de análise normativa, na medida em que esse exame pode ter uma importante função *endoprocessual*, como na situação exemplificada.

Já a *observância* da decisão igualmente depende, como já se acenou e é mesmo intuitivo, do prévio entendimento de seu significado preceptivo, é dizer, do seu significado normativo, o que demanda a análise normativa da decisão (interpretação em função normativa) para a individualização da(s) norma(s) que dela decorrem e que devem ser observadas³⁰⁵. De um lado, emprega-se a primeira das duas formas de análise normativa examinadas para a identificação da *ratio decidendi* de um determinado precedente vinculante, a fim de que se possa avaliar se esse pronunciamento autoritativo, que constitui uma norma geral que orienta a solução jurídica de uma determinada classe de questões, deve ser observado em um determinado caso em julgamento (o que deverá obrigatoriamente ser feito quando a questão examinada no caso particular for identificada como pertencente à classe de questões regulada pelo precedente – art. 927, CPC) ou não (quando a questão examinada no caso particular for identificada como não pertencente à classe de questões regulada pelo precedente – art. 489, §1º, VI, CPC). De outro, emprega-se a segunda das duas formas de análise normativa antes trabalhadas para a identificação da norma individual que resulta da decisão e do comando imposto a seus destinatários e que por eles deverá ser observado como resultado da eficácia direta da decisão³⁰⁶. Assim sendo, essa é a forma de análise normativa implicada, por exemplo, no cumprimento provisório ou definitivo da sentença (art. 513 e ss., CPC) e para prestar

construção da norma geral. No esquema estrutural da fundamentação da decisão antes apresentado, $j(N)$ deverá conter a justificativa dessa decisão interpretativa sobre o emprego das diferentes diretrizes, em um raciocínio discursivo conforme, em linhas gerais, ao seguinte modelo: “A disposição D significa N conforme o emprego das diretrizes primárias $DP_1, DP_2 \dots DP_n$ e das diretrizes secundárias $DS_1, DS_2 \dots DS_n$ ”. Sobre as diretrizes interpretativas e seu emprego, ver WRÓBLEWSKI, JERZY. *Legal reasoning in legal interpretation*. Logique et Analyse, Nouvelle Série, vol. 12, nº 45. Brussel: Peeters Publishers, 1968, p. 6-11; e CHIASSONI, PIERLUIGI. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 40-123.

³⁰³ Sobre essa forma de controle da decisão, ver TARUFFO, MICHELE. *Il controllo del diritto e del fatto in cassazione*. In: ID., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991, p. 120-121.

³⁰⁴ Como denomina, por exemplo, CHIASSONI, PIERLUIGI. *La giurisprudenza civile*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 145 e ss..

³⁰⁵ BETTI, EMILIO. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1949, p. 341.

³⁰⁶ Sobre a noção de eficácia direta como “todas as eficácias que sejam imanentes à própria sentença, como virtualidades da demanda de que elas resultam”, ver BAPTISTA DA SILVA, OVÍDIO ARAÚJO. *Eficácias da sentença e coisa julgada*. In: ID., *Sentença e coisa julgada*. [1979] 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 80-88.

reverência às eficácias positiva e negativa da coisa julgada (art. 505, CPC)³⁰⁷. Daí porque, tendo em conta a função desse segundo tipo de análise normativa, não parece adequado denominá-la “endoprocessual”³⁰⁸, haja vista que essa interpretação normativa da decisão judicial pode ter uma importante função *extraprocessual*, como ocorre, para ficar na linha do que já indicado, na avaliação da exceção de coisa julgada (art. 337, VII, CPC).

4. A Necessidade de Interpretação da Decisão Judicial. A Indeterminação do Texto Decisório e a Confluência de Elementos Extratextuais sobre o Significado da Decisão Judicial

Conforme afirmado acima, tendo natureza heterônoma, a decisão judicial é ao mesmo tempo um *produto* da interpretação de documentos normativos e de elementos não-textuais da ordem jurídica, *atividade* que é realizada de forma *discursiva* para a resolução de questões, de fato e de direito, processuais e materiais, para a decisão de uma determinada causa; e é também ela, a decisão que resulta dessa atividade interpretativa e decisória, potencialmente um documento normativo *objeto* de nova atividade interpretativa.

A pergunta que pode surgir, no entanto, é se as decisões judiciais estão *sempre* sujeitas à interpretação com propósito normativo, ou melhor, se é sempre *necessário* interpretar uma decisão judicial para identificar, por exemplo, qual é a norma individual e concreta por ela estabelecida. Em outras palavras, cabe questionar se a interpretação da decisão é uma problemática *permanente* ou *episódica*, isto é, se é um tema que diz respeito a *todas* as decisões, independentemente da maior ou menor clareza de sua formulação, ou se é uma questão que se coloca apenas diante de *algumas* decisões.

O encaminhamento de uma resposta a essa questão pode muito bem ser feito por meio do exame de trabalhos prévios sobre o tema da interpretação da decisão judicial, notadamente examinando as ideias de autores que tratam da interpretação da decisão vinculando-o essencialmente ao problema da chamada decisão *obscura*. Essa é a abordagem, por exemplo, de Clóvis Kemmerich, que ao início da sua instigante tese sobre a interpretação da sentença obscura afirma: “Existe sempre a *possibilidade* fática de a sentença não ser *clara*”³⁰⁹. Segundo

³⁰⁷ Nenhuma confusão havendo que se fazer, é claro, desde ao menos a lição de LIEBMAN, ENRICO TULLIO. *Efficacia ed autorità della sentenza*. [1935] Milano: Giuffrè, 1962, p. 25 e ss., entre a aptidão da decisão para produzir efeitos (assim chamada, “eficácia da sentença”) e a coisa julgada e suas diversas dimensões.

³⁰⁸ Como, novamente por exemplo, em paralelo denomina CHIASSONI, PIERLUIGI. *La giurisprudenza civile*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 71 e ss..

³⁰⁹ KEMMERICH, CLÓVIS. *Sentença obscura e trânsito em julgado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 15, grifou-se.

aponta o autor, diferentes *fatores* (tais como excesso de processos, formação complexa da decisão, texto mínimo e genérico ou analítico e abstrato de acórdão, replicação informatizada de decisões, sobrecarga de trabalho, desprestígio da lógica³¹⁰) interagem e propiciam a prolação de sentenças com algum tipo de *defeito* sintático-semântico-pragmático (“superficialidade”, “ambiguidade”, “deficiência de detalhes ou incompletude”, “vagueza excessiva”, “defeito lógico”, “obscuridade pragmática”³¹¹) e , assim, com diferentes *graus* de obscuridade: de um lado, “sentenças que, embora de difícil compreensão, ainda permitem, por meio de *interpretação* – no sentido restrito de ‘determinação de um significado de uma expressão linguística *quando existem dúvidas*’ – alcançar uma conclusão segura sobre o conteúdo deontico da sentença”; e “sentenças em que os pontos obscuros não são sanáveis pela atribuição de significados ao texto da sentença (por não ser possível, ou não ser seguro, atribuir um significado)”, casos em que “para dizer qual é o conteúdo deontico da sentença, o juiz teria de *sentenciar*, e não apenas *interpretar* (no sentido restrito acima)”, situações em que, assim sendo, simplesmente não haveria *decisum*, “ao menos não na parte obscura”³¹². No primeiro caso, em que a obscuridade mostra-se superável, têm-se sentenças em *situação de interpretação*; no segundo, em que a obscuridade é insuperável, sentenças em *situação de criação*³¹³.

Nesse contexto, partindo de uma tríplice categorização da interpretação – interpretação *sensu largissimo* (“interpreta-se qualquer coisa criada pelo homem”), interpretação *sensu largo* (“interpreta-se qualquer expressão linguística, seja clara ou obscura”) e interpretação *stricto sensu* (“interpretam-se expressões de sentido difícil, obscuro, duvidoso”)³¹⁴ – e conceituando a *obscuridade* como “a *qualidade daquilo que é de difícil ou impossível compreensão*”³¹⁵, Kemmerich propõe um “modelo pragmático de caracterização da sentença obscura”, assim estruturado: “Uma sentença judicial é clara se, para fins práticos, não gera dúvidas razoáveis. Para chegar a essa constatação, em um caso concreto, inicia-se pela interpretação *lato sensu* (compreensão de qualquer signo linguístico [...]). Nesse ponto, deve-se fazer o seguinte teste: ‘há alguma razão para se pensar que o sentido do texto não é o que se entende à primeira vista?’.

³¹⁰ KEMMERICH, CLÓVIS. *Sentença obscura e trânsito em julgado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 17-23.

³¹¹ KEMMERICH, CLÓVIS. *Sentença obscura e trânsito em julgado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 54-55.

³¹² KEMMERICH, CLÓVIS. *Sentença obscura e trânsito em julgado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 28, grifou-se em parte.

³¹³ KEMMERICH, CLÓVIS. *Sentença obscura e trânsito em julgado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 54 e 61-62.

³¹⁴ KEMMERICH, CLÓVIS. *Sentença obscura e trânsito em julgado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 58.

³¹⁵ KEMMERICH, CLÓVIS. *Sentença obscura e trânsito em julgado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 53, grifo no original.

Se a resposta for negativa, então o texto está na situação de isomorfia, e a interpretação em *sensu stricto* (interpretação de expressões de sentido difícil [...]) não tem lugar. Segue-se a aplicação. Se a resposta for positiva, então é necessário fazer a interpretação *sensu stricto*. Examinam-se as diversas possibilidades interpretativas até chegar a uma em que a resposta à pergunta inicial seja negativa, isto é, até que não haja mais razão para pensar que o sentido do texto seja outro. (...). Contudo, se a interpretação *sensu stricto* falhar, isto é, se não for possível alcançar a resposta negativa à pergunta inicial, então se faz necessário um genuíno *ato criativo*. Esse é o caso patológico, no qual ocorre um insuperável fracasso comunicativo. Em outras palavras, chega-se à constatação pragmática de que uma sentença não admite interpretação quando qualquer sentido que se lhe atribua resulte de um genuíno ato de criação, entendido como tal aquele que não pode ser obtido sem a deflagração de dúvidas razoáveis, a partir do texto da sentença”³¹⁶.

No modelo de Kemmerich, a sentença clara, em *situação de isomorfia*, não necessita de interpretação, dado que, nesses casos, a *compreensão* ocorre imediatamente, sem esforços, não havendo dúvida de interpretação ou problema referente ao seu significado³¹⁷. A sentença obscura em *situação de interpretação* apresenta-se quando existem dúvidas, quando há um desacordo atual e efetivo sobre o significado do texto decisório, que, no entanto, pode ser resolvido por meio de interpretação. Isso se dá, por exemplo, quando, existindo diferentes possíveis significados para o texto decisório, esses não forem igualmente dignos de aceitação e for possível indicar um significado melhor, que deve prevalecer. Para o autor, quando o sentido da sentença é alcançável mediante interpretação, as classificações da obscuridade quanto à sua extensão não atraem consequências práticas relevantes, dado que a atividade do intérprete da sentença em situação de interpretação deve resultar em uma sentença na situação de isomorfia³¹⁸. E, por último, a sentença obscura em *situação de criação* verifica-se nas hipóteses em que, mesmo após interpretação, o significado que decorre do texto decisório for “insuficiente” para a regulação da situação que demanda solução. A sentença nessa situação tem um grau tal de indeterminação que, sendo incapaz de ser resolvido de modo “seguro”, “honesto”, “razoável”, sem “invenções” ou “adivinhações”, por meio de interpretação, demandaria mais propriamente a *criação* de um conteúdo normativo. E isso, no modelo de

³¹⁶ KEMMERICH, CLÓVIS. *Sentença obscura e trânsito em julgado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 53-54.

³¹⁷ KEMMERICH, CLÓVIS. *Sentença obscura e trânsito em julgado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 61.

³¹⁸ KEMMERICH, CLÓVIS. *Sentença obscura e trânsito em julgado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 54, 61-62 e 65-77.

Kemmerich, não é possível, já que o intérprete da sentença judicial “ininteligível” (*rectius*: em situação de criação) não tem a mesma liberdade do intérprete diante de uma lei ininteligível, de modo que o juiz que “interpretasse” uma sentença em situação de criação estaria, em verdade, sentenciando originalmente, e não interpretando e aplicando a sentença anterior. Para além das hipóteses de pura ininteligibilidade do significado informativo ou preceptivo da sentença, também se enquadrariam entre as sentenças em situação de criação a decisão que admitir mais de um significado, contraditórios entre si, mas igualmente digno de aceitação, não poderia ser interpretada³¹⁹.

Como é possível perceber, Kemmerich propõe uma espécie de teoria *eclética* da interpretação da sentença, de viés *cognitivista* com tendência *formalista* e de caráter essencialmente *pragmático*.

O ecletismo da teoria proposta é indicado pela explícita adoção da teoria de Jerzy Wróblewski³²⁰ sobre a interpretação jurídica, reconhecidamente filiada à concepção eclética³²¹. Partindo dessa concepção, Kemmerich chega à conclusão de que na situação de isomorfia – ou seja, diante de sentenças que não ensejassem nenhum problema quanto ao seu significado – não há *interpretação*, mas mera *compreensão* para a obtenção do sentido preceptivo sentença³²². Daí é possível concluir que, para o autor, não há interpretação de *todas* as sentenças, mas apenas das sentenças *obscuras* – isto é, das sentenças que são de difícil ou impossível compreensão³²³. O ecletismo mostra-se evidente: sentenças *claras* não ensejam interpretação, mas mera compreensão do seu significado; sentenças *obscuras*, demandam interpretação. É bem verdade que a teoria de Kemmerich sobre a interpretação da sentença apresenta uma notável diferença em relação à generalidade das teorias filiadas à concepção eclética da interpretação jurídica em geral³²⁴, já que para o autor a sentença ou não necessita ser interpretada (sentença em situação de isomorfia), ou é interpretada de modo *cognitivista* (sentença *obscura*). A interpretação que importe em *decisão* por um significado é considerada por Kemmerich um ato

³¹⁹ KEMMERICH, CLÓVIS. *Sentença obscura e trânsito em julgado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 56, 61-62, 69, 75 e 78-86.

³²⁰ WRÓBLEWSKI, JERZY. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas, 1985, *passim*, em especial, p. 21-26.

³²¹ Cf., por todos, GUASTINI, RICCARDO. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 400, nota 5.

³²² KEMMERICH, CLÓVIS. *Sentença obscura e trânsito em julgado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 61, citando WRÓBLEWSKI, JERZY. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas, 1985, *passim*, em especial, p. 23.

³²³ Em verdade, de acordo com a tese de Kemmerich, conforme indicado acima, apenas as sentenças *obscuras* em situação de *interpretação* (de difícil compreensão) estariam sujeitas à interpretação, já que as sentenças *obscuras* em situação de *criação* (de impossível compreensão) não poderiam ser interpretadas, por ensejarem a atribuição de um sentido completamente *novo*.

³²⁴ Para um panorama sobre a concepção eclética da interpretação, ver *supra* (Parte II, ponto 1).

de criação, diverso da interpretação *stricto sensu*, e, como tal, inadmissível em face da sentença obscura.

O viés *cognitivist* com tendência *formalista*³²⁵ da interpretação na teoria proposta por Kemmerich é revelado não só pela adoção da concepção eclética – que, como dito, é uma versão moderada do *cognitivism*³²⁶ –, mas por passagens do trabalho que circunscrevem a interpretação da sentença obscura a uma atividade de mero *reconhecimento* de significados que estariam *contidos* na própria sentença interpretada. Nesse sentido, por exemplo, é afirmado que “as normas concretas, referentes à relação jurídica de direito material, *não* podem ser buscadas *fora da sentença*, pelo menos não com autoridade de coisa julgada. Se elas não estiverem *contidas* na sentença, somente poderão vir a existir mediante *criação*”³²⁷. Também assim é dito que “interpretar [a sentença] (...) não é *alterar*, mas apenas *descobrir* o sentido e expô-lo em termos mais claros”³²⁸. Mas o viés *cognitivist* revela-se em seu ponto mais sensível na passagem em que o autor explicitamente nega a possibilidade de que a interpretação da sentença possa refletir uma atividade de escolha ou decisão por significados concorrentes: “Há casos em que as interpretações rivais (*s* e *t*) são igualmente dignas de aceitação, e há casos em que não são. Nos primeiros, é preciso verificar se *s* e *t* são contraditórios e relevantes. Se for assim, de acordo com a teoria que defendo, essa sentença não está em *situação de interpretação*, mas sim em *situação de criação*. Nos casos em que as interpretações *s* e *t* não são igualmente dignas de aceitação, a sentença está na situação de interpretação: o juiz da fase de cumprimento, observado o contraditório, deve decidir sobre a melhor interpretação e justificar racionalmente a sua decisão”. Daí se conclui que, no modelo de Kemmerich, apenas significados “contidos”, “incorporados”, na decisão e que são “extraídos” ou “revelados” pela atividade interpretativa é que podem ser admitidos como resultado da interpretação. Qualquer outro que não seja “o” significado da decisão não poderia ser admitido. A pequena margem de atuação reconhecida ao intérprete da decisão³²⁹, portanto, não parece ser suficiente para alterar o viés *cognitivist* de tendência *formalista* da teoria da interpretação proposta.

³²⁵ Sobre a diferenciação entre *cognitivism* e *formalismo*, aqui importante, ver *supra* (Parte II, ponto 1, nota 191)

³²⁶ Sobre o tema, ver *supra* (Parte II, ponto 1, nota 194).

³²⁷ KEMMERICH, CLÓVIS. *Sentença obscura e trânsito em julgado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 64, grifou-se.

³²⁸ KEMMERICH, CLÓVIS. *Sentença obscura e trânsito em julgado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 72, grifou-se.

³²⁹ “O intérprete pode ficar com uma margem de escolha a seu cargo, para que a sentença não seja tão rígida que possa vir a tornar-se inútil diante das menores variações no contexto em que será aplicada. Mas é preciso que haja um leque limitado de interpretações plausíveis, não antagônicas entre si e alcançáveis com segurança pelas partes envolvidas. Se nem isso a sentença oferecer, estará em uma situação que não permite aplicação e nem mesmo interpretação *sensu stricto*” (KEMMERICH, CLÓVIS. *Sentença obscura e trânsito em julgado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 49)

Por fim, a teoria de Kemmerich sobre a interpretação da sentença tem caráter essencialmente *pragmático*. Com efeito, o autor faz questão de deixar claro, sobretudo nas passagens dedicadas ao exame e rejeição das ideias próprias das correntes da filosofia da linguagem adeptas do ceticismo quanto ao significado, que a concepção de sentença clara e obscura que propõe é dada sobretudo pelo *contexto* de significação, com o que o autor se filia às correntes que pugnam pela determinação contextual do significado³³⁰. Em razão disso, Kemmerich utiliza uma noção de “clareza conceitual”, em virtude da qual admite que “um texto verbalmente claro pode, diante do caso concreto, levar o aplicador à perplexidade” e que, assim sendo, a “necessidade de interpretação, no sentido estrito, é algo que se avalia diante do caso concreto”³³¹. Mesmo sendo assim, não se pode deixar de notar que ao expor o “rol de causas que tornam o significado inacessível” (“superficialidade”, “ambiguidade”, “deficiência de detalhes ou incompletude”, “vagueza excessiva”, “defeito lógico”, “obscuridade pragmática”³³²), o autor traz à tona quase exclusivamente tipos de *defeitos* sintático-semântico-pragmático que em sua ampla maioria focam em obscuridades que decorrem mais de deformidades *objetivas* do texto decisório do que de dúvidas *contextuais*.

A instigante tese de Kemmerich chama a atenção para diversos aspectos importantes relativos à interpretação da sentença, notadamente de uma interpretação voltada à obtenção da norma individual e concreta que dela decorre, em especial sobre os *limites* da atividade interpretativa desse documento normativo e sobre o diferente *tratamento processual* que merecem as sentenças conforme estejam nas indicadas situação de interpretação ou situação de criação³³³. Sem embargo desses e de outros tantos méritos da tese³³⁴, não é possível concordar com os dois primeiros dos três pilares do trabalho, acima indicados – e, em função disso, tampouco com alguns dos direcionamentos propostos. Expor as razões pelas quais não parece acertada a adoção de uma tal concepção sobre a interpretação da sentença não apenas torna possível dialogar com a importante tese de Kemmerich, mas também abre o ensejo para apresentar as linhas gerais da concepção aqui proposta sobre a interpretação da decisão judicial,

³³⁰ KEMMERICH, CLÓVIS. *Sentença obscura e trânsito em julgado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 41-56.

³³¹ KEMMERICH, CLÓVIS. *Sentença obscura e trânsito em julgado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 60.

³³² KEMMERICH, CLÓVIS. *Sentença obscura e trânsito em julgado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 54-55.

³³³ KEMMERICH, CLÓVIS. *Sentença obscura e trânsito em julgado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 65-122.

³³⁴ Cite-se, como exemplo, o debate sobre uma ação interpretativa da sentença judicial obscura, cf. KEMMERICH, CLÓVIS. *Sentença obscura e trânsito em julgado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 110-122.

aplicáveis *também* (mas não apenas) à interpretação em função da obtenção da norma individual que da decisão resulta.

A adoção de uma concepção eclética sobre a interpretação das decisões judiciais, embora possa ensejar algumas vantagens³³⁵, não parece a mais adequada, nem para *descrever* como se dá a interpretação das decisões, nem para *prescrever* como se deve dar a interpretação das decisões. Pode-se fazer remissão, aqui, às razões que justificaram linhas acima a rejeição da concepção eclética sobre a interpretação jurídica em geral – e essas características gerais valem também para a interpretação das decisões judiciais em prol da adoção de uma concepção antiformalista ou cética moderada³³⁶. A decisão judicial há de ser interpretada *sempre*, e não apenas quando for obscura³³⁷. Isso pelo simples dado de que as decisões judiciais são, conforme já exposto, documentos normativos, isto é, *textos* jurídicos dotados de autoridade e, como tais, a sua indeterminação decorre não necessariamente (embora também possa decorrer) de obscuridade ou clareza como propriedades objetivas do texto, mas sim de outros elementos, entre os quais se destacam diferentes interesses práticos, que resultam na defesa de interpretações conflitantes sobre a mesma decisão, e pluralidade de métodos interpretativos e teses dogmáticas que podem dar suporte a essas diferentes propostas interpretativas. Tais fatores de atuação sobre a interpretação são em tese capazes de tornar indeterminada, contextualmente, a mais clara das decisões; sobretudo em uma perspectiva diacrônica, controvérsias interpretativas até então inexistentes podem surgir diante de um contexto fático-jurídico de que ainda não se havia cogitado³³⁸. A necessidade de interpretação de toda e qualquer decisão decorre, portanto, entre outras razões, justamente dessa circunstância inexorável, ligada à interpretação textual: sendo textos, as decisões são expressas em linguagem; a linguagem recorre a conceitos e esses, por sua vez, sempre apresentam algum grau de indeterminação, em função de sua potencial *equivocidade* e/ou *vagueza*, que somente pode ser resolvida ou reduzida por meio de interpretação – isto é, pela *adscrição* de um significado normativo, após a relevação de significados possíveis, valoração dos resultados obtidos e decisão por um deles.

³³⁵ Talvez a principal delas, conforme indicado por KEMMERICH, CLÓVIS. *Sentença obscura e trânsito em julgado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 61, ecoando lição de WRÓBLEWSKI, JERZY. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas, 1985, p. 24), seja a possibilidade de utilizar-se palavras diferentes (“compreensão” e “interpretação”) para distinguir entre operações distintas (respectivamente, de atribuição do significado *prima facie* à sentença em uma situação de consenso (isomorfia) e atribuição de significado à sentença após a resolução de uma dúvida interpretativa surgida diante do seu significado *prima facie*).

³³⁶ Sobre o tema, ver *supra* (Parte II, ponto 1)

³³⁷ Nesse sentido, DIDIER JR., FREDIE; BRAGA, PAULA SARNO; OLIVEIRA, RAFAEL ALEXANDRIA DE. *Curso de direito processual civil*. Volume 2. [2003] 10ª edição, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 390.

³³⁸ GUASTINI, RICCARDO. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 404 e 430.

Em contrário a essa abordagem, poderia ser objetado que a decisão tem, entre outras funções, o objetivo de reduzir a indeterminação normativa e que, assim, o texto decisório não poderia apresentar o mesmo grau de equivocidade e/ou vagueza que o texto legislativo, de modo que estender o problema da interpretação decorrente da indeterminação dos textos normativos à interpretação da decisão judicial seria um exagero e tornaria tendencialmente insolúvel o problema da indeterminação das normas. Ocorre que essa objeção, em primeiro lugar, representa mais um *desejo* do que uma *realidade*: de fato, se *idealmente* seria desejável que a decisão judicial não sofresse de problemas de indeterminação, a realidade é que, inescapavelmente, o texto decisório não só também padece de problemas de equivocidade e vagueza, como também se sujeita a pelo menos um outro importante fator de indeterminação. Em segundo lugar, essa objeção pode representar no máximo uma verdade *contingente* e que tem, talvez, mais propensão de verificar-se em apenas uma das modalidades de interpretação da decisão judicial com função normativa, notadamente a interpretação para a obtenção da norma individual³³⁹. Com efeito, em alguns casos – que podem ser numerosos, inclusive – haverá pouco (eventualmente, nenhum) espaço para discussões em torno de dúvidas interpretativas após a decisão judicial, criando uma situação de isomorfia. Isso, no entanto, não apaga o fato de que a adoção do significado *prima facie* ou direto como o único significado normativo possível naquele contexto é uma *decisão* a que se chega, embora sem ser necessário formular justificção a respeito, *após* a interpretação³⁴⁰. Tampouco elimina a realidade de que a decisão judicial não apenas também se ressent dos problemas de equivocidade e vagueza inerentes à interpretação textual de qualquer documento normativo (por certo, em diferentes graus), como se sujeita a ao menos uma *outra causa particular de indeterminação*. Tudo somado, é possível dizer que a interpretação da decisão judicial em função normativa, sobretudo em se tratando da interpretação da decisão judicial envolvida na denominada interpretação do precedente, pode resultar tanto ou mais difícil do que a interpretação das disposições

³³⁹ Já KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*. [1934; 1960] 8ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 387, no entanto, advertia para o fato de que “há igualmente uma interpretação de normas individuais, de sentenças judiciais (...) na medida em que hajam de ser aplicadas”.

³⁴⁰ CHIASSONI, PIERLUIGI. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 61-62; GUASTINI, RICCARDO. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 401-405. Vale a pena transcrever a seguinte passagem, plenamente aplicável à interpretação das decisões judiciais: “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 e 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. L'interpretazione è presupposto necessario dell'applicazione” (p. 405).

legislativas³⁴¹. Não se escapa, assim, da necessidade de que a interpretação da decisão judicial observe as três etapas interpretativas necessárias à interpretação jurídica em geral – relevação de significados possíveis, valoração desses significados e decisão por um deles – para a identificação das normas que dela decorrem, *independentemente* de se estar a tratar de decisões claras ou obscuras.

5. O Problema da Tríplice Indeterminação das Decisões Judiciais. Os Três Percursos Interpretativos para a Redução dos Fatores de Indeterminação

O direito sofre de diferentes causas de indeterminação³⁴². As decisões judiciais, em especial, sofrem de um problema de *tríplice indeterminação*, mercê de causas que se ligam à *limitada potencialidade normativa* do discurso decisório; à *equivocidade* dos fragmentos autoritativos desse discurso; e à *vagueza* das normas que a partir do texto decisório podem ser adscritas. A indeterminação das decisões, portanto, apresenta-se em três dimensões, respectivamente, nos percursos que vão do texto decisório ao(s) enunciado(s) normativo(s) da decisão; do(s) enunciado(s) normativo(s) à(s) norma(s); e da(s) norma(s) ao caso examinado. Vejam-se com mais detalhes essas questões.

A primeira causa de indeterminação verifica-se no primeiro percurso de interpretação da decisão judicial, isto é, o percurso que vai *do texto decisório ao(s) enunciado(s) normativo(s)* que pode(m) ser isolado(s) a partir de uma interpretação normativa da decisão. Desde essa perspectiva, a indeterminação dá ensejo a dúvidas sobre se todo o texto decisório ou se apenas uma parte – e, especificamente, quais partes – têm potencialmente autoridade normativa e, assim, apresentam condições de servir de material de base para a adscrição das normas jurídicas geral e individual que podem ser identificadas em uma análise normativa da decisão.

Essa dúvida tem origem na *limitada potencialidade normativa* dessa espécie de documento normativo (isto é, na potencial dificuldade de identificação de qual parte do texto decisório pode ser considerada um enunciado normativo). Todo texto decisório tem uma *limitada potencialidade normativa*. Com essa expressão quer-se fazer referência a uma importante particularidade das decisões judiciais, que as diferenciam, enquanto documentos normativos, de outros documentos normativos, como é o caso paradigmático da lei. Com efeito, o documento normativo ao qual é reconhecida a natureza de lei tem *integral potencialidade*

³⁴¹ Cf. FERRER BELTRÁN, JORDI; RODRÍGUEZ, JORGE LUIZ. *Sobre dinámica jurídica y jerarquias normativas: algunas respuestas a los críticos*. *Analisi e Diritto*, n° 95, 2013, p. 107.

³⁴² GUASTINI, RICCARDO. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 39.

normativa, porque todo o seu texto³⁴³ tem condições de expressar enunciados normativos³⁴⁴, a partir dos quais é possível adscrever significados normativos (isto é, normas). Ao intérprete, para a adscrição da norma legal, não é dado considerar apenas uma parte da lei ou de suas proposições, dispensando outras por não terem significado normativos; todas as proposições legais potencialmente podem levar à formação de enunciados normativos a partir dos quais são adscritas normas³⁴⁵. Nesse sentido, aliás, emprega-se o vetusto brocardo *verba cum effectu, sunt accipienda*³⁴⁶, que pode ser traduzido com o sentido de que “não se presumem, na lei, palavras inúteis”, a recomendar a diretriz interpretativa metodológica de que nenhum vocábulo, muito menos frases inteiras, da lei sejam considerados desprovidos de significação normativa: todos os vocábulos e frases legais devem ser entendidos como possuindo algum significado normativo, “de modo que tenham efeito todas as suas provisões, nenhuma parte resulte inoperativa ou supérflua, nula ou sem significação alguma”³⁴⁷.

³⁴³ Em verdade, há na doutrina uma discussão não desprezível sobre se todo o texto de lei efetivamente tem caráter “normativo”, “imperativo” ou “vinculante”, ou se, de modo contrário, há trechos do discurso das fontes – desde partes acessórias, como preâmbulos, rubricas, títulos, *etc.*; passando por disposições que exprimam classificações e definições, em vez de enunciados preceptivos; e chegando até mesmo a disposições com algum grau de incompletude deontica, como cláusulas gerais, por exemplo – que não possuem esse valor. Sobre esse tema, ver, por exemplo, TARELLO, GIOVANNI. *L'Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 103-105; e GUASTINI, RICCARDO. *Dalle fonti alle norme*. [1990] 2ª edição, Torino: Giappichelli, 1992, p. 25-27. Seja como for, ainda que se adote um conceito restrito de norma e, por consequência, de enunciado normativo, o certo é que a vasta maior parte do texto legislativo – chegando à sua quase totalidade – possui potencial normativo, o que parece bem justificar a afirmação feita no corpo do texto e a diferenciação proposta.

³⁴⁴ Relembre-se, como já esboçado *supra* (Parte II, ponto 2), que um *documento normativo* é um texto jurídico dotado de autoridade normativa, sendo composto por *enunciados normativos*, que são a componente elementar de um documento normativo. Além disso, os enunciados normativos não são sinônimos de proposições gramaticais (muito menos proposições lógicas) e, assim sendo, nem todos os enunciados constam de uma só proposição (ou oração) e nem toda proposição (ou oração) exprime um só enunciado. Sobre o tema, veja-se GUASTINI, RICCARDO. *Dalle fonti alle norme*. [1990] 2ª edição, Torino: Giappichelli, 1992, p. 16-17.

³⁴⁵ É evidente que isso não elimina a necessidade de que como passo preliminar à interpretação propriamente dita (atividade que CHIASSONI, PIERLUIGI. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 63-64, classifica como “interpretação metatextual”) seja realizada a chamada atividade de “individualização da norma” (*rectius*: “individualização dos enunciados normativos”), isto é, a avaliação e seleção, a partir da totalidade do direito objetivo, dos artigos, parágrafos e incisos legais que potencialmente relacionam-se com a situação concreta em vista da qual se dará a interpretação para a obtenção da norma que será aplicada (sobre o tema, veja-se, por todos, TARELLO, GIOVANNI. *L'Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 31-32). Mas uma vez individualizada a base dos enunciados normativos, não será dado ao intérprete desconsiderar parte dos vocábulos ou orações que os compõem sob o pretexto de não terem força normativa ou não desempenharem nenhuma função preceptiva.

³⁴⁶ Literalmente: “Devem-se compreender as palavras como tendo alguma eficácia” (cf. MAXIMILIANO, CARLOS. *Hermenêutica e aplicação do direito*. [1924] 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 204). Ou a sua formulação alternativa: “*verba accipienda ut sortiantur effectum*” (cf. FELLMETH, AARON X.; HORWITZ, MAURICE. *Guide to Latin in International Law*. [2009] Oxford: Oxford University Press. Disponível em <http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780195369380.001.0001/acref-9780195369380-e-2079>, consulta em 23.01.2017).

³⁴⁷ MAXIMILIANO, CARLOS. *Hermenêutica e aplicação do direito*. [1924] 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 204.

O mesmo, no entanto, não acontece com o documento normativo ao qual é reconhecida a natureza de decisão judicial³⁴⁸. Apenas restrita parcela do texto decisório tem significação normativa *potencial*. A vasta maior parte das frases e vocábulos que compõem a decisão – chegando mesmo a trechos inteiros, como o relatório e, quiçá, boa parte da fundamentação –, embora certamente concorram para formar o *contexto* interpretativo, não têm condições de exprimir enunciados normativos para a adscrição de normas individuais, tampouco para a adscrição de normas gerais. Basta para isso constatar, tendo em conta o *discurso do caso*, que apenas parcela muito restrita da decisão forma um enunciado normativo a partir do qual é possível adscrever a norma individual e concreta tornada imutável pela coisa julgada. Na tradição do direito processual civil brasileiro mais recente, a parte da decisão que resolve a questão principal do processo tem aptidão para a formação de coisa julgada (arts. 502 e 503, *caput*, CPC-2015; arts. 467 e 468, CPC-1973), não fazendo coisa julgada os motivos, de fato e de direito, que amparam a conclusão (art. 504, I e II, CPC-2015; art. 469, I e II, CPC-1973). O Código de Processo Civil de 2015, inovando nesse aspecto em relação ao Código de Processo Civil de 1973, prescreve que, observadas determinadas condições – notadamente, a existência de contraditório prévio e efetivo, a ausência de restrições probatórias ou limites à cognição e a competência do órgão jurisdicional em razão da matéria e da pessoa –, também a parte da decisão que resolve expressamente a questão prejudicial formará coisa julgada (art. 503, §1º, CPC).

Da mesma forma, na perspectiva do *discurso do precedente*, apenas restrita parcela do texto decisório (não a sua totalidade) de algumas decisões (não todas) provenientes de certos órgãos jurisdicionais (não todos) tem aptidão para compor um enunciado normativo a partir do qual é possível adscrever uma norma geral, notadamente a *ratio decidendi* do julgado que representa um precedente obrigatório, por exemplo, que vincula horizontalmente a Corte que formou o precedente e verticalmente os tribunais e juízes que, na organização judiciária, estão hierarquicamente a ela subordinados (arts. 926 e 927, CPC). Nessa perspectiva, fatores *qualitativos, materiais e funcionais*³⁴⁹ concorrem e combinam-se para limitar a potencialidade

³⁴⁸ MACCORMICK, NEIL. *Rhetoric and the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 143.

³⁴⁹ Os fatores *qualitativo, material e funcional* são apontados por MITIDIERO, DANIEL. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. [2016] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 90-92, como fulcrais para a definição do conceito de precedente – e a partir daí, na linha da ideia desenvolvida no corpo do texto, para a definição da potencialidade normativa de determinadas decisões para comportar a adscrição de uma norma geral vinculante que decorre como precedente. Sinteticamente, na visão do autor, a definição do conceito de precedente depende de um *fator qualitativo*, “porque depende da qualidade das razões invocadas para a justificação da questão decidida – apenas as razões jurídicas, necessárias e suficientes podem ser qualificadas como precedentes. Daí porque se costuma aludir ao precedente como a *ratio decidendi* da questão enfrentada pela Corte”; depende de um *fator material*, “porque depende de um caso devidamente delineado, particularizado e analisado em seus aspectos

normativa das decisões, sendo um obstáculo para que a partir delas seja possível adscrever precedentes. Disso resulta que a maior parte das decisões não terá essa potencialidade normativa; e, mesmo naquelas decisões que atendam aos fatores materiais e funcionais necessários para tanto, a maior parte do texto decisório não terá essa potencialidade normativa, mercê do papel desempenhado pelo fator qualitativo para a identificação da *ratio decidendi*, sendo meros *obiter dicta* os demais pronunciamentos sobre pontos de direito que não têm capacidade de expressar uma norma geral vinculante. Nessas condições, uma concepção prévia sobre o conceito de *ratio decidendi* (que define fatores qualitativos e materiais) é passo crucial para a interpretação da decisão, que terá como resultado a obtenção da norma universalizável à qual será reconhecida força vinculante. Essa, por si só, é uma definição que, embora seja fulcral para a delimitação da potencialidade normativa de uma decisão, está sujeita a intensas controvérsias, em face das quais é necessário tomar posição³⁵⁰. Mas não é a única. Igualmente como passo necessário à interpretação, há ainda no mínimo que se revolver questões relativas à estruturação da decisão (*fatores internos*) e à estruturação das Cortes (*fatores externos*): problemas relativos à estruturação da decisão (internos) são, por exemplo, os atinentes à forma de colheita de votos dos juízes nos colegiados (com ou sem votação por fundamentos) e à formação do texto decisório (por superposição ou concorrência de votos fundamentados ou por redação de voto de relatoria que recebe o “de acordo” dos demais julgadores); problemas relativos à estruturação do sistema judiciário (externos) são, por exemplo, os atinentes à organização dos órgãos jurisdicionais e, a partir daí, de quais Cortes em um dado sistema jurídico têm competência para prolatar decisões a partir das quais é possível adscrever precedentes; e a existência de competência concorrente de órgãos fracionários da mesma Corte para dar a última palavra a respeito da interpretação do direito (por exemplo, em linhas gerais em relação ao direito infraconstitucional federal, competência concorrente entre a 1ª e a 2ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça para decidir a respeito de questões de direito público; e da 3ª e 4ª Turmas para decidir a respeito de questões de direito privado, bem assim entre esses quatro órgãos fracionários – aos quais se poderiam agregar outros órgãos fracionários, como Seções e Corte Especial – para pronunciar-se sobre direito processual civil).

fático-jurídicos – os precedentes operam sobre fatos que delimitam o contexto fático-jurídico a partir do qual surgiram”; e depende de um *fator funcional*, “porque depende da função do órgão jurisdicional do qual promanam – os precedentes são oriundos de cortes institucionalmente encarregadas de dar a última palavra a respeito de como determinado desacordo interpretativo pode ser resolvido”.

³⁵⁰ Para um panorama geral sobre a multiplicidade de noções de *ratio decidendi*, indicando um rol exemplificativo com mais de uma dezena de conceituações recolhidas na doutrina, CHIASSONI, PIERLUIGI. *Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto*. Analisi e Diritto, 2004, p. 80-84.

A segunda causa de indeterminação verifica-se no segundo percurso de interpretação da decisão judicial, isto é, o percurso que vai *do(s) enunciado(s) normativo(s)* isolado(s) na primeira fase da interpretação normativa da decisão à(s) norma(s). Desde essa perspectiva, a indeterminação dá ensejo a dúvidas sobre qual(is) norma(s) efetivamente decorre(m) como resultado da interpretação do(s) fragmento(s) decisório(s) segregados por ter(em), *prima facie*, potencial normativo.

Essa dúvida tem origem na *equivocidade* dos textos normativos. Todo texto normativo – e, assim, também o texto decisório – é potencialmente *equivoco* porque admite uma pluralidade de interpretações e, portanto, está sujeito a possíveis controvérsias a respeito do seu significado normativo. As causas normalmente apontadas para a equivocidade dos textos normativos em geral são a *ambiguidade* (há dúvida se o texto normativo exprime uma ou outra norma: $D = N1$ ou $N2?$), a *complexidade* (há dúvida se o texto normativo exprime uma e também outra norma: $D = N1$ e $N2?$), a *implicação* (não há dúvida de que o texto normativo exprime uma norma, mas há dúvida se essa norma implica outra norma: $D = N1$ e $N1 \rightarrow N2?$), a *defectibilidade* (há dúvida sobre se a norma que o texto normativo exprime admite exceções implícitas: $D = N1$, salvo se $x?$) e a *taxatividade* (há dúvidas se o antecedente do texto normativo contém um rol taxativo ou exemplificativo de hipóteses a que se aplica o consequente)³⁵¹. A ambiguidade possivelmente é a causa de equivocidade mais facilmente visualizável, em especial tratando-se de interpretação das decisões judiciais. Todas as decisões são potencialmente ambíguas essencialmente pela circunstância de que os vocábulos que formam o texto decisório (ou ao menos a maior parte deles) não são ou estão definidos na própria decisão (ou ao menos nem sempre estão). Sendo assim, mesmo no nível mais elementar da significação textual, o literal, o sentido dos termos utilizados deve ser buscado também em algo que está *fora* do texto interpretado e isso pode dar azo a dúvidas interpretativas de diferentes tipos e de variado grau. No mínimo o intérprete haverá que *avaliar e decidir*, por exemplo, se os vocábulos que compõem a decisão estão sendo utilizados conforme o uso ordinário da linguagem ou conforme a linguagem técnica e, em cada caso, se o sentido a ser considerado é o do momento da formação do texto decisório ou o do momento da interpretação³⁵². Não apenas, mesmo que se deixe de fora da interpretação textual elementos de outra natureza, como

³⁵¹ GUASTINI, RICCARDO. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 39-44; ÁVILA, HUMBERTO. *Função da Ciência do Direito Tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo*. Revista Direito Tributário Atual, nº 29. São Paulo: IBDT/Dialética, 2013, p. 190-192; MITIDIERO, DANIEL. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. [2016] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 59.

³⁵² TARELLO, GIOVANNI. *L'Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 25-27; CHIASSONI, PIERLUIGI. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 82-83.

fatos, atos, efeitos e finalidades, não será raro que o intérprete seja confrontado com um texto decisório que faça referência a esses elementos extratextuais ou os pressuponha, sem cujo exame o texto dificilmente poderá ser compreendido (*rectius*: interpretado). Nessa situação, embora o intérprete rigorosamente não interprete fatos, atos, efeitos ou finalidades, mas o texto normativo (decisório) que faz referência a esses elementos extratextuais ou os pressuponha, a interpretação textual, mesmo em abstrato, não fica reclusa ao interior do texto decisório, mas demanda a avaliação de outros elementos (extratextuais) *referidos* ou *pressupostos* pelo texto e sem cujo exame não é possível alcançar um resultado interpretativo (significado normativo) adequado³⁵³. É também nesse sentido, aliás, que incide a diretriz interpretativa da decisão judicial conforme a boa-fé (art. 489, §3º, CPC), como uma diretriz de interpretação sistemática.

Todas essas circunstâncias podem oferecer – e de fato oferecem – intrincados problemas interpretativos, que deverão ser avaliados e resolvidos para a definição do sentido normativo da decisão. Esses problemas interpretativos, trazidos pela equivocidade e pela limitada potencialidade normativa dos textos decisórios por si só parecem ser suficientes para demonstrar que não é adequado nem afirmar que a interpretação da decisão judicial é uma atividade meramente cognitiva, nem que envolve apenas elementos internos à própria decisão objeto de interpretação. Parece claro que a interpretação da decisão judicial implica verdadeiras *decisões interpretativas*³⁵⁴ e que essa atividade interpretativa reclama o recurso a elementos externos ao texto decisório alvo da interpretação. Assim, do ponto de vista da chamada *interpretação abstrata*³⁵⁵, relativa ao percurso que vai do documento normativo à norma, a interpretação da decisão judicial mostra-se mais bem caracterizada como uma atividade de *adscrição* de significado normativo ao texto decisório, que implica no mínimo a relevação de significados possíveis a partir da confluência de elementos textuais e extratextuais, a valoração desses possíveis significados e a definição por um deles como o sentido normativo da decisão.

A terceira causa de indeterminação verifica-se no terceiro percurso de interpretação da decisão judicial, que vai *da(s) norma(s) à hipótese concreta* examinada. Desde essa perspectiva, a indeterminação dá ensejo a dúvidas sobre se a norma obtida na segunda fase da interpretação normativa da decisão judicial aplica-se ou não para a regulação de uma determinada hipótese concreta considerada. Nessa situação, embora saiba o conteúdo da(s) norma(s) que decorrem

³⁵³ ÁVILA, HUMBERTO. *Função da Ciência do Direito Tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo*. Revista Direito Tributário Atual, nº 29. São Paulo: IBDT/Dialética, 2013, p. 187-188.

³⁵⁴ O que é diferente de atividade criativa, conforme exposto *supra* (Parte II, ponto 1).

³⁵⁵ GUASTINI, RICCARDO. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 15.

da decisão judicial, o intérprete tem dúvidas sobre se o caso específico com que lida recai ou não no seu campo de abrangência.

Essa incerteza, que surge diante do caso concreto e, assim, não é eliminada pela interpretação em abstrato realizada no segundo percurso interpretativo da decisão, vincula-se à *vagueza* das normas – mais especificamente, da *vagueza dos predicados normativos*³⁵⁶, isto é, dos termos que denotam uma certa entidade referida pela norma³⁵⁷. Um predicado tendencialmente não é vago quando faz referência a uma entidade individual, mas adquire uma propensão de *vagueza* ao denotar uma *classe*, isto é, um dado grupo, mais ou menos amplo, de entidades individuais que compartilham um certo atributo (ou um conjunto de atributos) em comum. Mais especificamente, o significado dos predicados é dado por seu *sentido* ou por suas *características* (isto é, aquilo que o predicado é, o conjunto de *atributos* que um objeto tem e que são referidos pelo predicado) e por sua *referência* ou *extensão* (isto é, pela entidade ou classe de objetos que apresentam tais atributos ou características e aos quais o predicado é aplicável). Desse modo, todo predicado normativo tem uma referência ou extensão mais ou menos *dúbia* em função do conjunto de atributos mais ou menos preciso estabelecido pelo seu sentido ou por suas características. Em outras palavras, a *vagueza normativa* decorre da incerteza sobre os limites de aplicação dos predicados que compõem a norma, em razão da potencial indeterminação do seu sentido ou de suas características e de sua referência ou extensão. Toda a norma é potencialmente vaga, já que não se sabe exatamente quais casos, quais situações concretas, recaem no seu campo de aplicação, havendo casos que certamente são abrangidos pela norma, casos que certamente não são abrangidos e *casos marginais* de aplicação – isto é, casos em referência aos quais não se tem certeza se a norma deve ou não ser aplicada. As fronteiras entre os casos marginais e os casos certos de aplicação de uma norma, ou entre os casos marginais e os casos certos de não aplicação, não pode ser traçada com precisão. As passagens ou delimitações entre essas diferentes situações são mais bem definidas como um foco de luz que se perde no escuro, sem que haja uma precisa linha de demarcação entre luz plena, meia-luz e escuridão³⁵⁸.

³⁵⁶ Pode-se dizer que o *predicado normativo* traduz aquilo que comumente é referido como o *suporte fático normativo*.

³⁵⁷ GUASTINI, RICCARDO. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 52-53; ÁVILA, HUMBERTO. *Função da Ciência do Direito Tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo*. Revista Direito Tributário Atual, nº 29. São Paulo: IBDT/Dialética, 2013, p. 191.

³⁵⁸ DICIOTTI, ENRICO. *L'ambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativo*. Working Paper nº 45. Siena: Università degli Studi di Siena, 2003, p. 22-23. Disponível em <https://www.dispi.unisi.it/sites/st06/files/allegatiparagrafo/22-05-2013/wp45.pdf>, consulta em 04.12.2017; GUASTINI, RICCARDO. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 52-54; ÁVILA, HUMBERTO. *Função da Ciência do Direito Tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo*. Revista

Essa vagueza potencial de qualquer norma, que decorre da incapacidade de a linguagem confinar totalmente a realidade em modelos pré-concebidos, pode ser maior ou menor a depender da maior ou menor precisão do sentido ou das características do predicado: de fato, quanto mais atributos são indicados para a delimitação dos objetos que recaem sob o campo da norma, menor é o seu âmbito de referência ou extensão³⁵⁹. Do que decorre, como conclusão lógica, que normas individuais e concretas, por fazerem referência a uma entidade individual ou classe mais bem delimitada, são tendencialmente menos vagas do que normas gerais, que por definição devem ser aplicadas a uma classe (mais de uma entidade) de casos. Isso não quer dizer, no entanto, que normas individuais e concretas estejam livres do problema de vagueza, apenas que esse problema é tendencialmente menor. Isso porque sempre e necessariamente haverá alguma margem, ainda que pequena, de espaço para a valoração e decisão, por parte daquele que interpreta e aplica a norma, sobre se a situação examinada recai sobre o âmbito normativo de incidência, decisão essa que normalmente depende de circunstâncias externas, que o órgão judicial prolator da decisão que constitui a norma a aplicar não previu e, normalmente, nem sequer poderia prever (ou ao menos, não em sua totalidade)³⁶⁰.

Os problemas interpretativos e aplicativos suscitados pela vagueza das normas igualmente deixam claro que tampouco é adequado afirmar que a interpretação da decisão judicial é uma atividade meramente cognitiva, nem que envolve apenas elementos internos à própria decisão objeto de interpretação. Igualmente a aplicação da norma que decorre da decisão judicial, seja ela uma norma geral (quando for o caso de se aplicar um precedente vinculante), seja ela uma norma individual (quando for o caso de se aplicar uma norma individual que decorre de uma sentença), requer *decisões interpretativas* – notadamente, sobre se a hipótese concreta em exame constitui ou não uma situação abarcada pelo predicado da norma a ser aplicada. Desse modo, também do ponto de vista da chamada *interpretação concreta*³⁶¹, relativa ao percurso que vai da norma ao caso, a interpretação e aplicação da decisão judicial é uma atividade cognitiva, valorativa e decisória, na medida em que, diante do significado normativo *adscrito* ao texto decisório, a partir da confluência de elementos textuais e extratextuais, reconhece possibilidades, valora e *decide* pela aplicação da(s) norma(s) que

Direito Tributário Atual, nº 29. São Paulo: IBDT/Dialética, 2013, p. 191; MITIDIERO, DANIEL. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. [2016] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 60.

³⁵⁹ GUASTINI, RICCARDO. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 53-54; ÁVILA, HUMBERTO. *Função da Ciência do Direito Tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo*. Revista Direito Tributário Atual, nº 29. São Paulo: IBDT/Dialética, 2013, p. 191.

³⁶⁰ KELSEN, HANS. *Teoria pura do direito*. [1934; 1960] 8ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 388; GUASTINI, RICCARDO. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 426-427, nota 61.

³⁶¹ GUASTINI, RICCARDO. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 16.

decorre(m) da decisão a uma certa hipótese concreta, por concluir que a ela se impõe a disciplina normativa decorrente da decisão.

Por conseguinte, tendo em conta os problemas ligados a essa *tríplice indeterminação* das decisões judiciais, é possível com certa tranquilidade afirmar que *todas* as decisões judiciais são ao menos parcialmente e ao menos diacronicamente indeterminadas e, assim, objeto potencial de conflitos interpretativos. E, sendo assim, a interpretação da decisão exige a redução dessas indeterminações, por meio de *decisões interpretativas* sobre os problemas envolvidos, seja a respeito da delimitação dos fragmentos decisórios, da definição entre os significados normativos concorrentes e da conclusão pela aplicabilidade da(s) norma(s) ao caso, de modo que a interpretação da decisão terá em todos os casos caráter decisório (adscritivo de sentido), e não meramente cognitivo. Desse modo, *é sempre* necessário interpretar a decisão judicial para, por meio dessa atividade, obter como resultado o(s) seu(s) significado(s) normativo(s) e a delimitação do seu âmbito de aplicação.

6. Interpretação da Decisão Judicial, Coisa Julgada e Precedente. Passagem de uma Perspectiva Estática para uma Perspectiva Dinâmica da Segurança Jurídica pelo Processo

Ao deparar-se com a exposição feita nos pontos anteriores e com a conclusão a que se chegou – em síntese, de que a decisão judicial sujeita-se à interpretação; de que a interpretação importa em valoração e decisão por um dos significados possíveis relevados a partir do texto decisório; e de que, assim sendo, as normas que decorrem da decisão judicial não são simplesmente descobertas pelo intérprete, mas reconstruídas a partir do texto decisório –, alguém poderá imaginar que essa constatação, se correta, importaria uma situação atroz de *insegurança jurídica*. Afinal, a valer o que se disse, a decisão judicial, que deveria ser o termo final de uma dada controvérsia, poderá ser ela própria objeto de eventuais novos embates em torno da sua significação, trazendo *incerteza* sobre o seu conteúdo normativo. Chegando a esse rápido diagnóstico, que longe está de soar implausível, não seria incomum que o leitor que seja tomado por esse sentimento de insegurança possa ter duas reações, bastante compreensíveis: a primeira, de *negação* da realidade exposta; a segunda, de *desilusão* com a projeção feita em face dessa realidade.

A *negação* poderia ser traduzida como a recusa da concepção antiformalista antes exposta sobre a interpretação das decisões judiciais. Quer dizer, então, que a decisão judicial já

não teria mais condições de explicitar um conteúdo normativo certo e determinado – em uma palavra, unívoco – capaz de ser simplesmente conhecido ou compreendido por todo aquele que lê uma sentença? Sendo assim, que fim haveria de tomar a coisa julgada, entendida como a autoridade capaz de tornar imutável e indiscutível o conteúdo da decisão judicial de mérito não mais sujeita a recurso, se a determinação do conteúdo normativo da decisão dependeria de interpretação adscritiva de sentido? Do mesmo modo, a valer essa perspectiva, de que serviriam os precedentes judiciais vinculantes, concebidos como instrumentos de orientação da sociedade a respeito do significado do direito, destinados a reduzir a ínsita indeterminação dos dispositivos legais e, com isso, proporcionar previsibilidade sobre as consequências jurídicas do agir atual, se o conteúdo normativo da decisão que estabelece um precedente não está enclausurado no texto decisório e igualmente depende de adscrição de sentido por meio de interpretação? Uma tal visão a respeito da interpretação da decisão judicial não poderia ser aceita, porque eliminaria qualquer possibilidade de *determinação e imutabilidade* do conteúdo normativo das decisões judiciais, eliminando a *previsibilidade* de que os sujeitos de direito necessitam para estimar as consequências jurídicas de suas condutas. Em uma palavra, esse modo de compreender o funcionamento da interpretação das decisões judiciais acabaria com qualquer concepção que se tenha de *segurança jurídica* por meio das decisões judiciais e, como tal, eliminaria um dos pilares do Estado de Direito, não podendo ser aceito.

A *desilusão* consistiria na aceitação da concepção antiformalista proposta para a interpretação das decisões judiciais tendo em vista a constatação de que, efetivamente, a delimitação do seu conteúdo normativo sujeita-se às causas de indeterminação antes apontadas, seguida, porém, da conclusão de que, assim sendo, não seria possível ter nenhuma expectativa de que o sistema jurídico reúna condições de oferecer um ambiente seguro para o desenvolvimento das relações sociais. Com efeito, se os ideais de determinação e imutabilidade do conteúdo das decisões judiciais transitadas em julgado não passam de uma quimera, o direito, enquanto discurso prático, seria incapaz de limitar as discussões no tempo. Mais: sendo incapaz de garantir previsibilidade, pela impossibilidade de definição estanque não apenas das normas legais, mas inclusive do conteúdo de precedentes judiciais, que têm justamente, entre outras, a função de definir qual dos sentidos normativos das disposições normativas deve ser seguido, o direito seria incapaz de proporcionar a autodeterminação das pessoas. Em outras palavras, o desmoronamento do paradigma conhecido de entendimento do conteúdo normativo das decisões judiciais, havidas como o instrumento de solução definitiva de controvérsias, traria consigo um déficit incontornável de segurança jurídica.

Uma resposta àqueles que recusem a proposta apresentada, de se trabalhar a interpretação das decisões judiciais em função normativa a partir de uma concepção antiformalista moderada da interpretação, ou um conforto àqueles que, mesmo aceitando-a, imaginem que o único cenário a partir daí possível é o caos, passa pelo entendimento sobre a possibilidade-necessidade de uma *nova compreensão* a respeito da segurança jurídica, no direito, em geral, e no processo, em especial, em consonância com uma perspectiva lógico-argumentativa do fenômeno jurídico³⁶².

A negação e a desilusão antes expostas têm como fundamento uma noção de segurança jurídica tributária de uma concepção formalista da interpretação jurídica, segundo a qual, como visto, cabe ao intérprete revelar um conteúdo normativo preexistente ao próprio processo de interpretação, um dado que existe como um objeto que está a sua frente, uma realidade completa que independe de quem com ela lide e como o faça. Nessa perspectiva, em que o direito tem um significado que independe dos processos interpretativos e argumentativos que o realizam, a segurança jurídica resolve-se em um problema de possibilidade de predeterminação semântica desse sentido antecedente, que ou existe totalmente (estado de absoluta certeza), ou inexistente completamente (estado de incerteza cabal), no modo tudo-ou-nada³⁶³. Nesse contexto, a segurança jurídica demanda a possibilidade de saber, com exatidão, o conteúdo normativo dos enunciados, quer gerais, quer individuais; fala-se, aqui, em capacidade de absoluta *determinação* do conteúdo das normas; de *imutabilidade* desse conteúdo; e de *previsibilidade* como total possibilidade de antecipação das consequências jurídicas das condutas praticadas diante desses enunciados normativos³⁶⁴. Pensada a segurança jurídica desse modo *estático*, como uma *garantia de conteúdo normativo*, está longe de ser espantoso que a proposta de que o significado normativo da decisão judicial seja não um objeto pronto após a prolação do ato decisório, mas sim um material com algum grau de elasticidade, com alguma margem aberta à valoração e reconstrução pelo intérprete, soe como algo absolutamente inaceitável, por inseguro.

Essa não é, porém, a única possibilidade de arranjo da segurança jurídica. De fato, a partir de um paradigma de pensamento que compreende o direito como uma prática argumentativa, a segurança jurídica passa a ser vista como um problema *dialético*, *procedimentalmente dependente*. A interpretação jurídica, como um fenômeno intrinsecamente condicionado por um processo de reconstrução, pelo intérprete, de conteúdos normativos a

³⁶² BERTEA, Stefano. *Certeza del diritto e argomentazione giuridica*. Soveria Manelli: Rubbettino, 2002, p. 48.

³⁶³ ÁVILA, HUMBERTO. *Segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 136-137.

³⁶⁴ ÁVILA, HUMBERTO. *Segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 122-125.

partir de materiais normativos apenas parcialmente dados, com núcleos de significação mínimos e cujo resultado final (norma) é concebido como o produto da valoração não apenas de elementos semânticos, mas também do contexto pragmático e das estruturas argumentativas utilizadas, passa a exigir uma *outra concepção de segurança jurídica*, que atua em *graus*, ao largo de um *espectro* que vai do pouco ao muito. Se a dinamicidade da sociedade moderna é inevitável, antes de se buscar petrificar ou absolutizar posições, é necessário fazer com que essa dinâmica atue por meio do direito e não à sua margem³⁶⁵. Aplicada à interpretação de documentos normativos – em especial, à interpretação da decisão judicial em sua dupla função normativa –, essa noção de segurança jurídica tem importantes repercussões.

Assim, em vez de prévia determinação, *cognoscibilidade* (“determinabilidade”): recusando-se que os enunciados sejam capazes de apresentar significados normativos unívocos, totalmente determinados, em razão das causas de indeterminação apontadas, deve-se, no entanto, trabalhar com um círculo restrito de possibilidades de compreensão do sentido normativo do texto decisório, um quadro de significação restringido pelos núcleos e limites de sentido estabelecidos semântica e pragmaticamente. A *cognoscibilidade*, desse modo, é entendida como a alta possibilidade de acesso material e intelectual ao núcleo de significado normativo da decisão, embora isso não elimine totalmente o problema da indeterminação que pode verificar-se, em alguma medida, nas margens de significação³⁶⁶.

Em vez de imutabilidade, *confiabilidade*: mais do que petrificar sentidos normativos e simplesmente impedir qualquer significação diferente, é necessário reconhecer alguma zona de movimentação e alteração e, a partir daí, identificar e proteger expectativas criadas a partir de uma dada compreensão normativa consolidada, garantindo que as alterações respeitem a confiança depositada. Assumindo, assim, que é inevitável que haja alguma margem de incerteza sobre o significado do direito em face de uma dada situação e que essa compreensão possa evoluir (mudar), exige-se, porém, continuidade nesse processo intelectual, racionalidade na acomodação de significados normativos incogitados com as bases de compreensão vigentes³⁶⁷.

Por fim, em vez de previsibilidade (absoluta), *calculabilidade*: é necessário que haja uma elevada capacidade de se prever o espectro das possíveis consequências jurídicas atribuíveis a fatos e atos presentes praticados em face de determinada disposição normativa.

³⁶⁵ ÁVILA, HUMBERTO. *Segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 137-138; CABRAL, ANTONIO DO PASSO. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 285-287.

³⁶⁶ ÁVILA, HUMBERTO. *Segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 122-123 e 250-251.

³⁶⁷ ÁVILA, HUMBERTO. *Segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 124 e 251.

Aplicada à decisão judicial, a calculabilidade deve tornar possível prever com grande aproximação o modo como uma determinada conduta tomada diante de uma dada decisão poderá ser entendida no momento de seu eventual exame judicial futuro. Bem entendido, não se trata de ser possível prever de modo absoluto a consequência jurídica prevista para a conduta praticada em face do significado normativo, geral ou individual, de uma dada decisão judicial, mas sim de reduzir significativamente, a modo de se trabalhar com poucas alternativas, o espectro de possibilidades³⁶⁸.

Nesse contexto, configurada a segurança jurídica de modo *dinâmico*, não como um imperativo de predeterminação de conteúdos normativos, mas como a exigência de que se conte com *mecanismos de controle jurídico-racional* das estruturas *argumentativas* dos processos interpretativos que conduzem ao conteúdo normativo das normas gerais e individuais, com um enfoque na necessidade de continuidade, flexibilidade e adaptabilidade do direito³⁶⁹, a concepção antiformalista moderada antes proposta sobre a interpretação da decisão judicial passa a não ser algo inaceitável ou desilusório.

A partir dessa base teórica emerge uma nova e diferente proposta para os arranjos entre a segurança jurídica e o processo civil. Aplicado às decisões judiciais, esse novo paradigma torna possível afirmar, por exemplo, que o estado de incerteza que existe antes da decisão judicial não é propriamente *exterminado*, mas *reduzido* (embora em elevado grau, claro) após a sua prolação. E sendo impossível a eliminação total e absoluta do halo de indeterminação que necessariamente existe e permanece mesmo após a prolação da decisão judicial, que é considerada o resultado final do processo e, ilusoriamente, é concebida como o marco final de todas as dúvidas, essa renovada forma de compreensão da segurança jurídica no processo busca diminuir as incertezas não por meio da idealista crença na cristalização de resultados perfeitos, acabados e plenamente determinados, mas na confiança da *força gerencial dos procedimentos de controle argumentativo* do comportamento do intérprete em face da decisão e capazes de conduzir *de modo racional* à redução das indeterminações, que invariavelmente sempre permanecem em alguma medida, sobretudo em perspectiva diacrônica. Trata-se de uma visão que, trabalhando mais próxima à realidade, não busca *eliminar* a inevitável possibilidade de que algum debate interpretativo se coloque em face de elementos semânticos, sintáticos e pragmáticos que não tenham sido bem resolvidos pela decisão judicial ou que até então não

³⁶⁸ ÁVILA, HUMBERTO. *Segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 252-253; CABRAL, ANTONIO DO PASSO. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 290.

³⁶⁹ ÁVILA, HUMBERTO. *Segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 268; CABRAL, ANTONIO DO PASSO. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 289.

tenham sido cogitados, mas sim procura *controlar* a forma e o resultado desse debate, de modo com que se trabalhe por meio do direito, e não ao seu largo³⁷⁰.

³⁷⁰ CABRAL, ANTONIO DO PASSO. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 299-304.

PARTE III – A INTERPRETAÇÃO DO PRECEDENTE

1. Quando uma Teoria dos Precedentes Torna-se Importante e Necessária?

Os precedentes não se confundem com o *stare decisis*³⁷¹. A regra do *stare decisis* não diz respeito sobre o que é o precedente, mas sobre a sua *eficácia normativa*³⁷². Nada obstante, uma teoria dos precedentes – isto é, um arcabouço conceitual que dê aos estudiosos e operadores do direito condições de bem conhecer e manejar o instrumental técnico-jurídico próprio a esse instituto – faz-se efetivamente necessária sobretudo em razão da presença da regra do *stare decisis*³⁷³. Com efeito, é justamente pela existência de uma norma (*stare decisis*) que determina a obrigatoriedade de se respeitar precedentes que surge a necessidade de saber-se *o que exatamente deve ser respeitado*. A totalidade da decisão? Apenas parte? Se sim, qual parte? Todas as decisões? Apenas algumas decisões? Se sim, quais decisões? Essas são questões que uma teoria dos precedentes deve ter condições de solucionar e que têm importância diretamente proporcional à maior ou menor *força normativa* atribuída aos precedentes em uma dada organização jurídica. Tanto assim que, pode-se dizer, há pouco ou quase nenhum sentido em utilizar a tradicional distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, que é uma diferenciação conceitual fundamental, no contexto de um sistema jurídico que atribua força meramente persuasiva aos precedentes³⁷⁴. A correção dessa afirmação pode ser bem demonstrada por meio

³⁷¹ Como é amplamente sabido, “*stare decisis et non quieta movere*” ou simplesmente “*stare decisis*” é uma expressão latina que literalmente significa “mantenha-se a decisão e não se moleste o que foi decidido” (cf. CRUZ E TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 11) e é empregada tradicionalmente nos países de *common law* para significar, em linhas gerais, o dever de juízes e tribunais seguirem precedentes (cf., por todos, BIX, BRIAN. *Diccionario de teoría jurídica*. [2004] México: UNAM, 2009, p. 252-253).

³⁷² Nesse sentido, AMARAL, GUILHERME RIZZO. *Judicial precedent and arbitration – are arbitrators bound by judicial precedents? A comparative study of UK, US and Brazilian Law and practice*. London: Wildy, Simmonds & Hill, 2017, p. 2-3. O *stare decisis* concerne à chamada *dimensão da eficácia* do precedente, que é apenas uma de um conjunto de quatro dimensões (além da dimensão de eficácia, há também as dimensões *institucional*, *objetiva* e *estrutural*), cf. TARUFFO, MICHELE. *Dimensioni del precedente giudiziario*. Rivista Trimestrale di Diritto Processual, nº 2. Milano: Giuffrè, 1994, p. 411-430. Trabalhando a partir de uma outra tipologia e analisando o precedente a partir de sua decomposição em um conceito qualitativo, material e funcional e destacando, a partir daí, o caráter necessariamente vinculante do precedente, MITIDIERO, DANIEL. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. [2016] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 90-92.

³⁷³ ZANETI JR., HERMES. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 333.

³⁷⁴ Veja-se, por exemplo, MARSHALL, GEOFFREY. *What is binding in a precedent*. In: MACCORMICK, NEIL; SUMMERS, ROBERT SAMUEL (orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 505-507: “It seems probable that the need to define with some degree of accuracy and precision what this extracted element (usually called the ‘*ratio decidendi*’) is and by what means it is extracted will be greatest in legal systems that embody a theory of binding precedent. So it seems hardly surprising that in common law systems a very large part of the discussion of the workings of precedent has historically been concerned with the problem of what is meant by the *ratio decidendi* of a case and how the *ratio decidendi* is to be established. This will involve differentiating the binding element from other statements made in judges’ reported opinions on the case, usually called ‘*obiter dicta*’. In civil law systems, where statute or code is the primary source

de uma breve abordagem a respeito das *fontes do direito* e das diferentes posições que os precedentes podem assumir na estruturação hierárquica das fontes em um dado arranjo jurídico-cultural.

O que representa dizer que um determinado argumento, ou um certo enunciado³⁷⁵, tem *força normativa*? A pergunta pode parecer prosaica à primeira vista, mas um olhar um pouco mais acurado é capaz de revelar que essa é uma questão que está longe de ser destituída de problemas. Suponha-se que diante de uma controvérsia concreta a respeito de uma certa situação jurídica exista um determinado conjunto de opiniões (convergentes ou divergentes) doutrinárias de diferentes autores a respeito de qual tratamento é ou deve ser dado pelo direito; que exista um conjunto de atos de diversos órgãos administrativos que deram determinados direcionamentos (convergentes ou divergentes); que exista um conjunto de decisões provenientes de diferentes órgãos judiciais que impuseram soluções (convergentes ou divergentes); e que exista um conjunto de disposições normativas, de variadas categorias, que, *prima facie*, prescrevem determinadas condutas (convergentes ou divergentes). *Quid iuris*? Quais dessas razões *podem* constar na justificação de uma decisão judicial sobre essa controvérsia, segundo o direito? Quais razões *devem* constar, segundo o direito? Quais razões *prevalecem* para direcionar a prolação de uma decisão, segundo o direito? O encaminhamento de uma resposta a essas questões passa necessariamente pela adoção de uma dada concepção sobre as *fontes* do direito – isto é, dos fenômenos (textuais ou extratextuais) aos quais é reconhecida a capacidade de exprimir normas jurídicas – e sobre a sua ordenação de prevalência.

Existem diferentes fontes do direito e essas têm *força preceptiva* distintas. O recurso a um dado tipo de fonte pode ser considerado, por exemplo, *obrigatório* ou pode ser meramente *permitido*. Normalmente, ignorar um dispositivo normativo estampado em uma *fonte obrigatória* ou equivocar-se na sua interpretação-aplicação terá repercussões graves: ocasionará, por exemplo, vícios de diferentes graus e natureza em uma decisão judicial que trate

of private law, little attention has been given to this issue. (...). Outside the common law framework of *stare decisis*, these questions do not have the same salience. In some jurisdictions there may be no judicial or doctrinal attempts to distinguish *rationes* from *dicta* and courts may regard themselves as free to cite any part of earlier judgments” (p. 507); e TARUFFO, MICHELE. *Dimensioni del precedente giudiziario*. Rivista Trimestrale di Diritto Processual, nº 2. Milano: Giuffrè, 1994, p. 415: “A questo proposito si invoca solitamente la distinzione tra *ratio decidendi* e *obiter dictum* per dire che l'efficacia di precedente spetta alla *ratio -decidendi*, mentre l'*obiter dictum* ha al più una funzione in senso lato persuasiva. È però facile vedere come questa soluzione sia in realtà poco meno che illusoria. Anzitutto, essa potrebbe valere solo nei sistemi che conoscono, e nei limiti in cui essi riconoscono, l'efficacia formalmente vincolante del precedente, poiché solo in questo caso avrebbe senso distinguere, nel contesto della decisione precedente, tra ciò che vincola e ciò che soltanto persuade”.

³⁷⁵ Sobre as diferenças de conceito entre *documento normativo*, *enunciado normativo*, *significado normativo*, *documento interpretativo* e *significado interpretativo*, ver *supra*, Parte II, ponto 2.

da controvérsia sem levar em consideração a fonte obrigatória, sujeitando-a, em linhas gerais, a anulação ou reforma. O mesmo não ocorre caso se trate de uma *fonte permitida*, que poderá ser simplesmente desconsiderada ou poderá servir, com um peso não desprezível, para dar sustentação a uma decisão que venha ao seu encontro, havendo uma relação diretamente proporcional entre o grau de persuasão de uma dada fonte e o seu potencial justificatório. Há fontes que podem inclusive ser consideradas proibidas em um determinado contexto.

Sem pretensão de aprofundar essa discussão, pode-se dizer com alguma tranquilidade que a qualificação de um certo fenômeno (textual ou extratextual) como fonte do direito; a seleção de fontes normativas para direcionar a solução jurídica de um determinado problema concreto; e a organização das relações de implicação e prevalência entre fontes do direito, com altíssima repercussão no valor preceptivo das normas que delas decorrem, são apenas algumas das muitas questões que não são infensas, mas sim altamente *dependentes*, de decisões, mais propriamente de *decisões interpretativas*. Em outras palavras, a interpretação não parte de uma dada organização a respeito das fontes do direito; a própria estruturação das fontes depende da interpretação e, assim, de *escolhas*³⁷⁶ do intérprete, à luz de determinados critérios. Por sua vez, esses critérios são, em última análise, critérios ligados a valores, isto é, a concepções sobre o direito, em geral e em um dado contexto jurídico. Trata-se de concepções que, ao fim, revelam-se valorativas: assim, por exemplo, poderá prevalecer uma concepção legalista (o primado da lei), uma concepção neoconstitucionalista (o primado dos princípios constitucionais), uma concepção jusnaturalista (o primado da ordem natural e/ou moral), uma concepção argumentativista (o primado do argumento, seja qual for a sua origem), *etc.*.

Como é possível concluir, não é somente difícil, mas é quase uma hipótese de laboratório, que haja um compartilhamento *pleno*, em um dado contexto jurídico, de uma mesma concepção sobre o direito. Na realidade, o que há, no mais das vezes, é uma espécie de competição entre diferentes concepções sobre o direito – e, assim sendo, sobre as fontes do direito –, implicando a existência de diversas concepções sobre a condição de um dado fenômeno como fonte do direito e sobre a organização das relações de implicação e prevalência entre as fontes, embora isso não impeça, por certo, a formação de determinadas zonas de confluência e, assim, de *consenso*, permitindo algum grau de *objetividade*. De modo que, embora isso pareça um paradoxo – mas é possível encontrar formas de desvencilhar-se desse aparente círculo vicioso –, a identificação e ordenação das fontes do direito é dependente da

³⁷⁶ Mais uma vez não se trata de escolhas feitas de maneira livre, mas sim de escolhas limitadas e direcionadas de diversas formas, entre elas por normas que circunscrevem as possibilidades. De modo que, também aqui, trata-se de uma atividade de *decisão* interpretativa.

interpretação. Do que resulta que a ordenação das fontes e, com isso, das razões que delas provêm, ao fim e ao cabo, é uma definição submetida à interpretação e, desse modo, à definição dos órgãos de interpretação operativa³⁷⁷.

Nesse contexto, é fácil conceber que, à causa de razões de mais variado tipo, mercê em geral de fatores institucionais e extrainstitucionais³⁷⁸, a força normativa atribuída aos precedentes pode variar significativamente, seja em diferentes experiências jurídicas, seja inclusive dentro de uma mesma experiência. Atenta a isso, a doutrina apresenta diferentes tipologias a respeito dos diversos graus de *eficácia* dos precedentes³⁷⁹. Uma dessas classificações, analiticamente muito bem construída, propõe *oito tipos-ideais* de eficácia para os precedentes:

(1) *precedentes em relação aos quais é vedada a atribuição de qualquer eficácia*: nesse caso, ao juiz é vedado referir-se a precedentes (ou a determinado tipo de precedente);

(2) *precedentes com eficácia argumentativa fraquíssima*: aos juízes é recomendado (por ser, em geral, um comportamento de boa prática jurídica) buscar e referir na justificação da decisão precedentes pertinentes e segui-los; a inobservância da recomendação, no entanto, não é causa de antijuridicidade e, assim, não tem nenhum efeito sobre a validade formal ou correção substancial da decisão;

(3) *precedentes com eficácia argumentativa fraca*: os juízes devem procurar e referir na justificação da decisão precedentes pertinentes e recomenda-se que os precedentes sejam seguidos; a inobservância do dever de procurar e referir precedentes pertinentes é motivo para invalidação da sentença, por falha na motivação; a inobservância da recomendação de seguir os precedentes referidos, no entanto, não tem nenhum efeito sobre a validade ou correção

³⁷⁷ As ideias expostas nesse parágrafo são uma compilação reconstrutiva de diversas passagens da monografia de PINO, GIORGIO. *Interpretazione e "crisi" delle fonti*. Modena: Mucchi, 2014, *passim*, em especial p. 10, 22, 48-49 e 61-66. Sobre o conceito de "interpretação operativa", cunhado por Luigi Ferrajoli, ver *infra* (Parte III, ponto 2, nota 399).

³⁷⁸ BUSTAMANTE, THOMAS DA ROSA DE. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 302-387. O autor arrola como fatores institucionais o contexto institucional, a tradição jurídica e a estrutura constitucional; como fatores extrainstitucionais, concepções jurídico-teóricas acerca do direito, do discurso jurídico e da dogmática jurídica, fatores normativos estruturais e correção substancial da decisão-paradigma. Nesse mesmo trilho, TARUFFO, MICHELE. *Dimensioni del precedente giudiziario*. Rivista Trimestrale di Diritto Processual, nº 2. Milano: Giuffrè, 1994, p. 415, atribui também essa variação a diferentes possibilidades de combinação das quatro dimensões que reconhece aos precedentes (institucional, objetiva, estrutural e eficaz).

³⁷⁹ Para citar duas das mais relevantes tipologias, veja-se TARUFFO, MICHELE. *Dimensioni del precedente giudiziario*. Rivista Trimestrale di Diritto Processual, nº 2. Milano: Giuffrè, 1994, p. 426-429; e PECZENICK, ALEKSANDER. *The binding force of precedent*. In: MACCORMICK, NEIL; SUMMERS, ROBERT SAMUEL (orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 461-479. Para uma tipologia aplicada ao direito brasileiro, ZANETI JR., HERMES. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 341-346.

substancial da sentença, mesmo que o juiz simplesmente opte por decidir de outra forma, sem qualquer esforço argumentativo para rejeitar o precedente referido;

(4) *precedentes com eficácia argumentativa forte*: os juízes devem procurar e referir na justificação da decisão precedentes pertinentes e devem segui-los, a não ser que existam “boas”, “sérias” ou “fortes” razões que o juiz possa indicar para deles se afastar; a inobservância de qualquer desses deveres é motivo para invalidação ou reforma da sentença, por falha na motivação ou erro de direito;

(5) *precedentes com eficácia normativa fraca*: os juízes devem procurar e referir na justificação da decisão precedentes pertinentes e devem segui-los, mesmo que existam “boas”, “sérias” ou “fortes” razões para deles se afastar; os juízes, porém, podem deixar de seguir os precedentes referidos na hipótese de o caso examinado configurar uma exceção, conforme um rol aberto e vago de situações excepcionais, que pode ser incrementado pelo próprio juiz do caso; a inobservância de qualquer desses deveres, inclusive do dever de indicar uma hipótese excepcional já prevista ou adicionada ao rol pelo juiz para deixar de seguir o precedente, configura erro de direito da decisão e é motivo para sua reforma;

(6) *precedentes com eficácia normativa forte*: os juízes devem procurar e referir na justificação da decisão precedentes pertinentes e devem segui-los, mesmo que existam “boas”, “sérias” ou “fortes” razões para deles se afastar; os juízes, porém, podem deixar de seguir os precedentes referidos na hipótese de o caso examinado configurar uma exceção, conforme um rol fechado e bem definido de situações excepcionais; a inobservância de qualquer desses deveres, inclusive do dever de indicar uma hipótese excepcional já prevista de modo taxativo para deixar de seguir o precedente, configura erro de direito da decisão e é motivo para sua reforma;

(7) *precedentes com eficácia normativa fortíssima*: os juízes devem procurar e referir na justificação da decisão precedentes pertinentes e devem segui-los, mesmo que existam “boas”, “sérias” ou “fortes” razões para deles se afastar; os juízes, ademais, devem considerar que não há nenhuma exceção capaz de autorizar que os precedentes referidos deixem de ser seguidos; a inobservância de qualquer desses deveres configura erro de direito da decisão e é motivo para sua reforma;

(8) *precedentes com relevância normativa discricionária*: os juízes podem atribuir aos precedentes a influência que considerem oportuna para a decisão do caso em julgamento, à luz das circunstâncias concretas, podendo adotar posições que vão desde deixar de considerar a

existência de qualquer precedente, quanto vincular-se de modo absoluto a determinados precedentes; qualquer opção é perfeitamente legítima e, portanto, incensurável³⁸⁰.

À luz desse espectro de possibilidades, a afirmação feita parágrafos acima, sobre a existência de uma relação direta de proporcionalidade entre a importância de uma teoria dos precedentes e a maior ou menor força preceptiva atribuída a essa fonte do direito por um dado sistema jurídico, deixa de ser apenas uma hipótese para adquirir pretensão de correção. E isso pode ser demonstrado por uma rápida indicação de duas experiências jurídicas bastante diferentes.

Primeiro, por uma referência ao direito inglês. A história do papel do precedente no direito inglês é a narração do percurso que conduziu a uma profunda alteração do significado e do papel ocupado por esse instituto naquele sistema jurídico, desde os primórdios do *common law* até a época contemporânea: de uma função meramente *ilustrativa* nas suas origens medievais (séculos XII-XV), passando por uma eficácia *persuasiva* a partir da idade moderna (séculos XVI-XIX), até contemporaneamente se notabilizar por sua eficácia estritamente *vinculante* (final do século XIX em diante)³⁸¹. Utilizando-se a escala eficaz que resulta da tipologia-ideal acima exposta, pode-se dizer que a relevância do precedente no direito inglês foi de uma *eficácia argumentativa fraquíssima* (2), nos primórdios, passando por uma *eficácia argumentativa forte* (4), no período moderno, até atingir uma *eficácia normativa fortíssima* (7), incontrovertidamente entre 1898 (*London Tramways*) até 1966 (*Practice Statement*)³⁸², ocupando atualmente um degrau imediatamente inferior. Olhando para esse cenário, não surpreende que a literatura tradicional sobre o instituto no direito inglês contemporâneo ateste expressamente que as regras estritas formadoras das linhas gerais que regem o sistema de precedentes na Inglaterra (“*doctrine of precedents*”) foram um produto dos séculos XIX e XX, justamente quando a regra do *stare decisis* passou a ser observada com rigor irrestrito pelas Cortes daquele país³⁸³. Em especial – e esse dado é de absoluta relevância –, embora desde ao

³⁸⁰ Cf. CHIASSONI, PIERLUIGI. *The philosophy of precedent*. In: BUSTAMANTE, THOMAS DA ROSA DE; BERNAL PULIDO, CARLOS (orgs.). *On the philosophy of precedent*. Stuttgart: Franz Steiner, 2012, p. 29-33; e ID., *Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto*. *Analisi e Diritto*, 2004, p. 97-100.

³⁸¹ Cf., por todos, MITIDIERO, DANIEL. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. [2016] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 27-41.

³⁸² Embora tradicionalmente *London Tramways* (1898) seja apontado como o marco do reconhecimento da vinculação estrita da *House of Lords* aos seus próprios precedentes, já *Beamish* (1861) poderia ser indicado como um caso que direcionou em definitivo a atribuição dessa eficácia (cf. EVANS, JIM. *Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth century*. In: GOLDSTEIN, LAURENCE (org.). *Precedent in law*. Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 58; e CRUZ E TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 161).

³⁸³ CROSS, RUPERT; HARRIS, JAMES W. *Precedent in English law*. [1961] 4ª edição, Oxford: Oxford University Press, 1991, p. 24-25. Nesse sentido, também, a literatura (crítica) mais recente, cf., por todos, DUXBURY, NEIL. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 31-37.

menos o século XVII já estivesse em elaboração a distinção entre elementos centrais (*rationes decidendi*) e tangenciais (*obiter dicta*) da decisão (precedente)³⁸⁴, foi igualmente apenas com as mudanças operadas a partir do final do século XIX, as quais conduziram a Inglaterra a reconhecer força normativa fortíssima aos precedentes, que cresceu significativamente a atenção e preocupação da doutrina e da prática jurídica ligadas ao *common law* inglês em trabalhar conceitualmente os traços distintivos da *ratio decidendi*³⁸⁵. Confirmando o que foi dito até aqui, a razão para isso não surpreende: foi exatamente quando veio a vigorar uma concepção atribuindo eficácia normativa fortíssima ao precedente que passou a ser de máximo interesse o desenvolvimento de instrumentos técnicos que permitissem localizar (e isolar) o elemento central vinculante do precedente, tanto para possibilitar a observância dos pronunciamentos autoritativos emanados pelas Cortes, quanto também para confiná-lo aos seus limites adequados, possibilitando a adoção de uma postura menos preocupada e mais livre frente às demais posições, não vinculantes

Segundo, por uma referência ao direito brasileiro. Trata-se de uma alusão sem sofisticação teórica, muito mais intuitiva, mas não menos verdadeira: é plenamente perceptível que nunca houve tanta preocupação, da doutrina, dos tribunais e do legislador, com a organização de um sistema de precedentes. A olhos vistos, aumentaram em proporção geométrica, na última década, especialmente no último lustro, a elaboração literária (científica e profissionalizante), as discussões acadêmicas, os debates em congressos atendidos por públicos heterogêneos, as referências em petições e em decisões, a respeito de temas relacionados aos precedentes. Não à toa isso se deu em escala crescente, ganhando impulso durante os anos que acompanharam a gestação de um novo Código de Processo Civil, quando se começou a discussão a respeito da instituição *formal*, pelo direito positivo, de dispositivos normativos dedicados mais fortemente à regulação de um sistema de precedentes obrigatórios. E a promulgação do Código de Processo Civil de 2015 apenas fez consolidar o interesse sobre o tema, sobre conceitos e mecanismos técnicos até então apenas remotamente conhecidos pelos estudantes, professores e operadores jurídicos brasileiros. E por quê? Justamente porque até há pouco tempo, o dado objetivo projetado pelas zonas de *overlapping consensus*³⁸⁶ sobre o

³⁸⁴ DUXBURY, NEIL. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 67.

³⁸⁵ MARSHALL, GEOFFREY. *What is binding in a precedent*. In: MACCORMICK, NEIL; SUMMERS, ROBERT SAMUEL (orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 510, com referência a trabalhos desse período de autores ingleses e norte-americanos a respeito dos elementos distintivos da *ratio decidendi*, como John Austin (1869), Eugene Wambaugh (1894), John Salmond (1902), John Chipman Gray (1909) e Arthur Goodhart (1930).

³⁸⁶ A expressão é de PINO, GIORGIO. *Interpretazione e "crisi" delle fonti*. Modena: Mucchi, 2014, p. 22.

arranjo das fontes do direito no Brasil fazia com que a ideia de os precedentes operarem como fontes obrigatórias fosse rejeitada pela vastíssima maioria dos membros da nossa comunidade jurídica. Acenada a possibilidade de uma mudança no funcionamento dessa engrenagem, e crescendo a consciência sobre a *necessidade* de os precedentes deixarem de ocupar uma posição de relevância argumentativa fraquíssima (2) e colocarem-se alguns degraus acima na escala eficaz das fontes do direito³⁸⁷, automaticamente o interesse por toda a temática que cerca o entendimento, uso e aplicação desse instrumento ganhou novo e atrativo interesse.

2. O Precedente como Instrumento de Vinculação ao Direito e a Vigência da Regra do *Stare Decisis* no Processo Civil Brasileiro

Os precedentes, conforme rapidamente referido ao final do último parágrafo do ponto anterior, inegavelmente ganharam destacada atenção na última década e geraram interesse em grau até então desconhecido no direito brasileiro. Mercê disso, o instituto abandonou o quase ostracismo de que até então desfrutava no país e, hoje, pode-se afirmar com certo consenso, é um *importante* instrumento de que dispõe o nosso ordenamento jurídico. Deixando de lado a linguagem *opaca*, e adotando um discurso conceitualmente mais rigoroso, é preciso perguntar: qual é verdadeiramente o *grau de eficácia* que os precedentes têm no direito processual civil brasileiro atual? Embora evidentemente existam – por motivos³⁸⁸ e *interesses* variados, mas sem razões pragmático-conceituais *consistentes* – focos de resistência ao reconhecimento de algum *status* de maior relevância aos precedentes na organização das fontes no direito brasileiro, pode-se desde logo adiantar uma conclusão sobre aquilo que caminha a passos largos para ser quase um *dado*: vige no Brasil um sistema de precedentes *vinculantes*. Não é necessária, nem cabe no objeto desse trabalho, a exploração *exaustiva* dos fundamentos que sustentam essa afirmação, que já foi comprovada de maneira cabal³⁸⁹ e é tomada como

³⁸⁷ “*Degrees of normative force*” é um dos parâmetros de comparação utilizados por MACCORMICK, NEIL; SUMMERS, ROBERT SAMUEL. *Introduction*. In: ID., (orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 12.

³⁸⁸ A inércia historicamente motivada é, talvez, um dos maiores obstáculos. Uma ótima ilustração sobre as raízes históricas recentes da aversão da doutrina brasileira ao reconhecimento da força normativa dos precedentes pode ser encontrada em CRUZ E TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. In: ARRUDA ALVIM, TERESA (org.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, item 5.

³⁸⁹ Entre os trabalhos *monográficos* que demonstram a existência de precedentes vinculantes no direito brasileiro atual e que formam o arcabouço conceitual que aqui é tomado como base, ver especialmente MARINONI, LUIZ GUILHERME. *Precedentes obrigatórios*. [2010] 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, *passim*; MITIDIERO, DANIEL. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. [2016] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, *passim*; ZANETI JR., HERMES. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, *passim*.

pressuposto de trabalho. Mesmo assim, é importante destacar em linhas gerais as *duas* razões que, acredita-se, dão especial sustentação a essa afirmação, o que facilitará a introdução e o desenvolvimento dos temas que serão analisados ao longo dessa última parte do trabalho.

A primeira razão é de ordem *substancial* (imediatamente conceitual e mediatamente normativa). Um sistema de precedentes vinculantes é antes de tudo uma *necessidade* para que a sociedade brasileira possa contar com um direito *seguro*. Viu-se ao final da Parte I do trabalho que o advento do Estado Constitucional, que teve como marco no Brasil a entrada em vigor da Constituição da República de 1988, trouxe consigo um novo *caldo de cultura* para o pensamento e para a prática do direito brasileiro, contribuindo em pouco tempo para a construção de um ambiente *neoconstituconalista*, ao mesmo tempo altamente eufórico com as novas possibilidades de um direito aparentemente livre das amarras até então pensadas a partir da noção de *legalidade* e, em linhas gerais, despreocupado e despreparado para lidar com *outros* mecanismos de controle. Nesse ambiente, o direito passou a ser tudo menos determinado (ou cognoscível), estável (ou confiável) e previsível (ou calculável), colocando em xeque a possibilidade de contar-se com uma ordem jurídica capaz de propiciar condições de liberdade e igualdade. Em um cenário como esse, o recurso à vinculação aos precedentes surge como um imperativo para a tentativa de recuperação da racionalidade do direito brasileiro. Naquela parte inicial do trabalho, falou-se brevemente sobre *dois diagnósticos*: em síntese, a constatação da falta de institutos capazes de proporcionar a recuperação da segurança jurídica; e a compreensão de que a concepção formalista nada mais era do que uma caricatura mitológica sobre o funcionamento da interpretação jurídica, revelando a insuficiência da lei, por si só, para promover a vinculação ao direito. Trabalhando com esse mesmo substrato conceitual, o destaque especial a ser feito nesse momento é sobre a aptidão dos precedentes de funcionarem como um instrumento (potencialmente dos mais capazes) para proporcionar o resgate gradual da *unidade* do direito³⁹⁰.

O *postulado da unidade do direito* é uma das mais fundamentais exigências ético-jurídicas de um ordenamento jurídico que se pretenda apresentar como um *sistema*, radicando na própria ideia de direito. É, também, um pressuposto para o tratamento científico do direito e uma condição de possibilidade para a metodologia jurídica. Desde o primeiro ponto de vista, a unidade do direito resulta não apenas da exigência de segurança jurídica, como diretamente das ideias mais básicas de justiça e igualdade, que impõem tratar o igual de modo igual e o diferente

³⁹⁰ MITIDIERO, DANIEL. *Cortes superiores e cortes supremas*. [2013] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 28.

de modo diferente, na medida de sua diferença. Não há modo de atender-se a esse postulado se as manifestações do direito dispersam-se em uma multiplicidade de singularidades desconexas, que não se deixam reconduzir a critérios gerais coesos. Desde o segundo ponto de vista, a unidade do direito permite a realização da hipótese fundamental do pensamento científico, que é a de que o seu objeto de estudo tem estrutura racional, acessível ao pensamento e, assim, capaz de ser racionalmente examinado e debatido. A metodologia jurídica parte, nos seus postulados, da existência da unidade do direito; tanto assim que sem ela, uma das diretrizes reconhecidamente mais importantes para a interpretação jurídica, a interpretação *sistemática*, segundo a qual o intérprete deve *pressupor e entender* o direito não em partes isoladas, mas como um todo em si significativo³⁹¹, perderia completamente o sentido³⁹².

O postulado da unidade do direito exige o respeito à *hierarquia* e à *coerência* do direito³⁹³. A *hierarquia* diz respeito à estrutura escalonada de normas que compõem um ordenamento jurídico e às suas relações de prevalência. No plano abstrato, a hierarquia cuida das relações de prevalência *a priori* entre normas e das conexões de sentido entre elas. No plano concreto, a hierarquia indica qual norma deverá prevalecer em caso de conflito diante de um contexto específico. Seja no plano abstrato ou concreto, a hierarquia associa-se à ideia de primazia, de superioridade, indicando qual norma vale mais, seja em razão de uma ordem imanente de precedência, seja em razão da preferência episódica diante de um conflito específico. A hierarquia confere unidade ao direito, pois proporciona uma “sistematização linear (a norma superior constitui o fundamento da norma inferior), simples (baseada numa relação de hierarquia linear entre as normas) e não gradual entre duas normas jurídicas (as normas estão, ou não, sistematizadas enquanto hierarquicamente postas)”³⁹⁴.

A *coerência* tem dupla dimensão. Do ponto de vista *substancial*, a coerência significa a relação (gradual) de suporte que determinada norma (ou alternativa de significado normativo) encontra no conjunto do ordenamento jurídico, pela existência de elemento comum e/ou relação de dependência recíproca com outras normas (ou alternativas de significado normativo). É, pois, um parâmetro de referência essencial para a indicação de alguma *assistematicidade* no ordenamento e para auxiliar a diminuir a incerteza com relação à correção das possibilidades interpretativas, já que aponta, dentre as alternativas de significado normativo possíveis para um

³⁹¹ Veja-se, por exemplo, GRAU, EROS ROBERTO. *Por que tenho medo dos juízes*. [2002] 8ª edição (refundida de *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*), São Paulo: Malheiros, 2017, p. 86-87.

³⁹² Tudo cf. CANNARIS, CLAUS-WILHELM. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. [1969] Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 9-23.

³⁹³ MITIDIERO, DANIEL. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. [2016] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 64, nota 203; e p. 80, nota 27.

³⁹⁴ ÁVILA, HUMBERTO. ID., *Teoria dos princípios*. [2003] 16ª edição, São Paulo: Malheiros, 2015, p. 166-167.

enunciado objeto de interpretação, qual é a opção mais fortemente suportada pelo ordenamento jurídico, especialmente pelos seus princípios fundamentais; ou ao menos exclui, dentre as alternativas, aquela(s) que, embora possa(m) ser *prima facie* inferida(s), não encontra(m) suporte justificativo considerando a totalidade do material jurídico relevante. Do ponto de vista *formal*, a coerência significa a exigência de consistência e uniformidade na interpretação de dispositivos normativos e aplicação das normas diante de contextos sem diferenças relevantes, de modo a que isso ocorra sem contradições e de maneira completa. Nessa dimensão, a coerência concorre decisivamente para reduzir incertezas e tendencialmente torna possível saber qual consequência normativa mais provavelmente será imposta para um determinado ato praticado no presente, já que empresta valor às consequências normativas atribuídas a atos ou a fatos análogos ocorridos no passado, tornando possível antecipar a imposição da mesma consequência para atos similares que venham a ser praticados³⁹⁵. A coerência, em sua dupla dimensão, complementa de maneira decisiva a hierarquia para a promoção da unidade do direito, proporcionando “um modelo de sistematização circular (as normas superiores condicionam as inferiores, e as inferiores contribuem para determinar os elementos das superiores), complexo (não há apenas uma relação vertical de hierarquia, mas várias relações horizontais, verticais e entrelaçadas entre as normas) e gradual (a sistematização será tanto mais perfeita quanto maior for a intensidade da observância dos seus vários critérios)”³⁹⁶.

Com essa configuração, o postulado da unidade do direito atua para tendencialmente reduzir a possibilidade de que, diante de um dado caso, ao interpretar e decidir, o juiz desconsidere os sentidos normativos já estabelecidos pelo sistema jurídico como os significados normativos vigentes para um dado conjunto de enunciados normativos à luz de determinado contexto fático-jurídico. Potencialmente se evita, assim, que a cada caso simplesmente se reinicie, *ex novo*, a atividade de atribuição de sentido aos enunciados normativos que já foram objeto de elaboração interpretativa à luz de contextos fático-jurídicos semelhantes, o que aumentaria em muito as chances de verificação de decisões entre si incompatíveis (inconsistentes) ou desarmônicas em relação ao todo do ordenamento (incoerentes). Em outras

³⁹⁵ ÁVILA, HUMBERTO. *Segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 336; ID., *Teoria dos princípios*. [2003] 16ª edição, São Paulo: Malheiros, 2015, p. 169-171; MICHELON, CLÁUDIO. *Princípios e coerência na argumentação jurídica*. In: MACEDO JR., RONALDO PORTO; BARBIERI, CATARINA HELENA CORTADA (orgs.). *Direito e interpretação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 268. Diferencia-se, mediante o uso de convenções terminológicas, os fenômenos da *coerência* (ou *coerência material*) da simples *consistência* (*coerência formal*), essa última querendo significar apenas uma exigência de não-contradição mútua entre proposições, enquanto a primeira faz referência a uma exigência de harmônica composição do conjunto, de modo a que o todo possa *fazer sentido* (cf. MACCORMICK, NEIL. *Rhetoric and the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 189-190).

³⁹⁶ ÁVILA, HUMBERTO. ID., *Teoria dos princípios*. [2003] 16ª edição, São Paulo: Malheiros, 2015, p. 169.

palavras, inexistente unidade em um direito que se expressa mediante decisões que tratam casos iguais de maneira desigual³⁹⁷, especialmente quando essa dissensão de tratamento decorre de divergência interpretativa de enunciados normativos que se colocam diante de situações fáticas sem diferenças relevantes. Em um sistema jurídico que admita como natural uma tal *disfunção* (e não como aquilo que é: um completo *despropósito*³⁹⁸), não há sequer como se cogitar de cognoscibilidade ou calculabilidade do direito, por absoluta impossibilidade material.

E é aqui que o discurso sobre a unidade do direito une-se ao discurso dos precedentes. Um sistema de precedentes vinculantes tem condições de promover, mais do que qualquer outro instrumento *institucional* de que se tenha notícia, a unidade do direito. Do ponto de vista da *hierarquia* do sistema normativo, os precedentes vinculantes contribuem decisivamente para tornar possível a organização de uma estrutura escalonada das normas que compõem o sistema jurídico. Com efeito, sendo as normas vigentes em um dado *sistema jurídico* o produto da interpretação de enunciados normativos que compõem o ordenamento – em especial, da *interpretação operativa*³⁹⁹ desses enunciados, proveniente de decisões judiciais –, é evidente que as normas resultantes da interpretação e aplicação do direito nas decisões proferidas pelas Cortes que compõem o *sistema judiciário* – Cortes essas organizadas conforme um arranjo hierárquico e de competências bem definido – devem ser organizadas respeitando *também*⁴⁰⁰ a hierarquia e competência dos tribunais. É dizer, *o sistema jurídico ordena-se necessariamente também a partir do sistema judiciário*, de modo que *a priori* a posição hierárquica, no sistema jurídico, de uma norma que resulta da interpretação de um determinado enunciado normativo, diante de um determinado contexto, para a decisão de um determinado caso, depende também da posição hierárquica no sistema judiciário do órgão judicial que a adscreeveu. Sendo assim, se diante de um contexto fático sem diferenças relevantes, diferentes normas forem adscritas a partir de um mesmo conjunto de enunciados normativos por órgãos judiciais diferentes, prevalece no sistema *jurídico*, por deter hierarquia superior, a norma adscrita pelo órgão judicial que ocupa no sistema *judiciário* posição hierárquica superior e detém competência prevalente em face da natureza da questão examinada. De modo que, por exemplo, em havendo conflito

³⁹⁷ MARINONI, LUIZ GUILHERME. *Precedentes obrigatórios*. [2010] 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 128.

³⁹⁸ MITIDIERO, DANIEL. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. [2016] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 16.

³⁹⁹ O termo foi cunhado por FERRAJOLI, LUIGI. *Interpretazione dottrinale e interpretazione operativa*. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, 1966, p. 290-304 (*apud* FERRAJOLI, LUIGI. *Principia iuris*. [2007] Madrid: Trotta, 2011, p. 221 e p. 241, nota 14).

⁴⁰⁰ Não se trata de um critério exclusivo, obviamente, já que haverá que se observar, entre outros elementos, a natureza das normas, a sua especialidade, a sucessão no tempo, *etc.*, critérios tradicionais de resolução de conflitos e de hierarquização abstrata ou concreta de normas e que obviamente concorrem nessa atividade.

entre normas adscritas a partir de um mesmo conjunto de enunciados normativos – como resultado de diferentes *escolhas*⁴⁰¹ entre sentidos normativos possíveis – *prima facie* prevalece a norma adscrita pelo órgão judicial de hierarquia superior e competência prevalente.

Portanto, do ponto de vista da *coerência* do sistema normativo, a existência de precedentes vinculantes cria condições para o conhecimento do direito vigente. Partindo de uma concepção antiformalista moderada sobre a interpretação jurídica, viu-se que os dispositivos normativos são o ponto de partida, e não o ponto de chegada, da interpretação. As normas são o resultado da interpretação dos dispositivos normativos. Assim, diante das variadas causas de indeterminação do direito, em especial de equivocidade e vagueza normativas, não só é possível, como é uma constatação trivial que na prática jurídica a interpretação operativa realizada pelos diversos órgãos judiciais resulte na adscrição de normas *diferentes*, não raro inconsistentes ou incoerentes, diante de contextos fático-jurídicos sem diferenças relevantes. Dessa maneira, de modo inaceitável, casos iguais são tratados de maneira diferente e casos diferentes são tratados de maneira igual, mercê de divergências de “entendimento” a respeito do significado do direito diante de hipóteses similares, que de modo não infrequente são produto de *veleidades interpretativas* por parte de alguns órgãos judiciais. Um sistema de precedentes vinculantes adiciona aos mecanismos de controle *nomoestáticos* (como a coerência) um importante elemento *nomodinâmico* de controle *institucional* a respeito da (i) legitimidade e (in)correção de *escolhas*⁴⁰² interpretativas, já que a existência de um precedente vinculante que tenha decidido em um dado sentido sobre o significado do direito (por exemplo, um precedente que tenha decidido por *um* de uma série de possíveis significados normativos para um dado enunciado normativo ou conjunto de enunciados em um dado contexto) torna automaticamente *incorreto*⁴⁰³ um posicionamento em outro sentido por um órgão judicial hierarquicamente submetido ao precedente vinculante. Essa importante ferramenta tendencialmente concorre para evitar a existência de soluções díspares, sobretudo das que se fundem no mero capricho de uma falsa autonomia de escolha; e, quando mesmo assim se concretizar a disfunção de uma tomada de posição meramente afrontosa ao precedente, oferece mecanismos que propiciam a sua *correção*. Dessa forma, um sistema de precedentes vinculantes reduz o corpo disforme de significados normativos díspares (incoerentes ou inconsistentes) adscritos a enunciados normativos idênticos ou relacionados diante de um mesmo contexto fático-jurídico ou contextos

⁴⁰¹ *Rectius*: “decisões”, já que não se trata de escolhas indiferentes, mas tendencialmente da melhor escolha possível (=decisão) diante de um determinado contexto.

⁴⁰² Identicamente, *rectius*: decisões.

⁴⁰³ GASCÓN, MARINA. *Rationality and (self) precedent*. In: BUSTAMANTE, THOMAS DA ROSA DE; BERNAL PULIDO, CARLOS (orgs.). *On the philosophy of precedent*. Stuttgart: Franz Steiner, 2012, p. 39.

relacionados e, com isso, tendencialmente cria condições que convergem para limitar o âmbito de atuação discricionária *legítima* dos órgãos judiciais⁴⁰⁴ diante de resoluções já estabelecidas autoritativamente a respeito do significado do direito.

A partir dessa linha de raciocínio, resulta sem qualquer dificuldade, como um imperativo de *racionalidade* e, assim, como uma exigência decorrente do princípio instrumental da segurança jurídica, dos princípios finais da liberdade e da igualdade (*treat like cases alike*) e do postulado da unidade do direito, a vigência *substancial* da regra do *stare decisis*, isto é, da vinculação aos precedentes no direito brasileiro, *independentemente* de uma norma que resulte expressamente de uma disposição normativa que assim estabeleça⁴⁰⁵. Esse conjunto de fundamentos conceituais e normativos constitui a principal razão pela qual um sistema de precedentes vinculantes é condição necessária, embora não suficiente, para a recuperação da racionalidade do sistema jurídico brasileiro.

A segunda razão é de ordem *formal* (imediatamente normativa e mediatamente conceitual). Um sistema de precedentes vinculantes é uma *realidade* insofismável imposta expressamente pelo direito positivo brasileiro atual⁴⁰⁶. Em pouco mais de uma década, culminando com a promulgação do Código de Processo Civil de 2015, cresceram consideravelmente, em quantidade e conteúdo, as disposições normativas do ordenamento jurídico nacional a partir das quais é possível adscrever *diretamente* normas gerais e específicas que sustentam a instituição *legislativa* de um sistema de precedentes vinculantes. É claro que sendo as disposições normativas apenas o ponto de partida para a obtenção da norma, por meio de interpretação adscritiva de significado, foi necessário à doutrina reformar o seu pensamento sobre o significado normativo de muitas dessas disposições e, principalmente, a partir daí, reformular concepções sobre o arranjo das fontes do direito no país, a fim de reconhecer aos precedentes a condição de fonte obrigatória. Mas, em boa hora, essa revolução está em curso, já tendo ultrapassado um ponto de não-retorno a longo prazo. Para a comprovação do que aqui sustentado não é necessário um exame exaustivo e analítico das disposições normativas pertinentes. Basta apenas uma análise *exemplificativa*, que pode ser feita em dois blocos.

⁴⁰⁴ MACCORMICK, NEIL. *Legal reasoning and legal theory*. [1978; 1994] Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 107.

⁴⁰⁵ Cf., por todos, MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. [2010] 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 79-81; MITIDIERO, DANIEL. *Cortes superiores e cortes supremas*. [2013] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 30-31 e 87-88; ID., *Precedentes: da persuasão à vinculação*. [2016] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 81-82. Ver também nesse sentido, ABREU, RAFAEL SIRANGELO DE. *Igualdade e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 136-137; OLIVEIRA, PAULO MENDES DE. *Coisa julgada e precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 164-168; MACÊDO, LUCAS BURIL DE. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. [2015] 2ª edição, Salvador: JusPodivm, 2017, p. 196-198.

⁴⁰⁶ Cf., por todos, ZANETI JR., HERMES. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 188.

O primeiro bloco compreende disposições constitucionais e infraconstitucionais anteriores ao Código de Processo Civil de 2015. Desde essa perspectiva, e sempre de modo meramente ilustrativo, um destaque deve ser feito a disposições constitucionais introduzidas e alteradas pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e o significado normativo que a seu respeito consolidou-se. Podem ser citadas, assim, a disposição concernente à instituição do filtro da *repercussão geral* para a admissibilidade de recursos extraordinários (art. 102, §3º, CRFB), que contribuiu decisivamente tanto para o reconhecimento crescente da eficácia vinculante das decisões tomadas em julgamentos desses recursos, quanto para a assim chamada *objetivação* do recurso extraordinário; e as disposições que instituíram as *súmulas* com “efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública”, tendo por objeto a “validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual” (art. 103-A, CRFB). O outro destaque pode ser feito à introdução das figuras do recurso extraordinário e especial repetitivos, engendrada pelas Leis nº 11.418/2006 e 11.672/2008, respectivamente, que modificaram o Código de Processo Civil de 1973 (arts. 543-B e 543-C, CPC-1973) e igualmente impactaram significativamente a compreensão da comunidade jurídica sobre a força normativa vinculante dos precedentes no sistema jurídico brasileiro e sobre o papel dessas cortes supremas no nosso sistema judiciário.

O segundo bloco concerne às disposições trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, que representam, sem dúvida, o ato legislativo mais contundente de introdução, pelo direito positivo, da regra do *stare decisis* e, com isso, de um sistema organizado de precedentes vinculantes no Brasil. Cumpre fazer uma análise preliminar um pouco mais detalhada dessas disposições, embora sempre de forma exemplificativa.

O *stare decisis* horizontal decorre sobretudo do artigo 926, *caput*, que estabelece que “os tribunais devem uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la integral, estável e coerente”, impondo, assim, o dever de os tribunais seguirem os seus próprios precedentes; mas também é claramente imposto pelo artigo 927, §4º, o qual exige “fundamentação adequada e específica” para “a modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos”. O *stare decisis* vertical ressaí a partir de diversos dispositivos, sobretudo do artigo 927, *caput* e incisos, que traz um rol *exemplificativo* das decisões a partir das quais decorrem precedentes vinculantes. Sobre esse dispositivo, como muito bem já se notou, “alguém que não visse no vocábulo *observar*o, contido no *caput* do art. 927, o sentido de *deverão observar*, teria de explicar como harmonizar tal concepção com a norma contida no art. 489, § 1º, VI, que considera *não fundamentada qualquer decisão*

judicial que deixe de seguir jurisprudência ou precedente invocado pela parte sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”⁴⁰⁷. O mesmo pode ser dito em face do disposto no artigo 489, §1º, inciso V, que igualmente considera não fundamentada a decisão que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” e do artigo 1.022, parágrafo único, inciso I, que considera omissa a decisão que “deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento”. A inobservância ou a má aplicação do precedente são causas de rescindibilidade da decisão, conforme interpretação conjunta do artigo 966, inciso V (rescisão de decisão por “violiar norma jurídica”) e parágrafo 5º (“cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do caput deste artigo, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento”), ou de deseficacização⁴⁰⁸, consoante artigo 535, §12 (“considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial ... fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal”).

Essas são apenas algumas das disposições normativas que demonstram que o legislador do novo Código, embora com algumas dificuldades evidentes, procurou instituir dispositivos capazes de concretizar a regra do *stare decisis* e, com isso, auxiliar a promoção do imperativo da unidade do direito. Ao lado disso, também há diversos dispositivos declaradamente destinados a propiciar diminuição de esforços (em uma expressão conhecida do direito brasileiro, *economia processual*)⁴⁰⁹ em função da regra do *stare decisis*. Nesse sentido, por exemplo, o artigo 332, *caput* e incisos, que autoriza o juiz, “nas causas que dispensem a fase instrutória”, a julgar “liminarmente improcedente o pedido que contrariar”, em síntese, precedentes estabelecidos como vinculantes pelo artigo 927; o artigo 932, inciso

⁴⁰⁷ AMARAL, GUILHERME RIZZO. *Trabalhando com precedentes: o caso do suicídio involuntário e do contrato de seguro*. Revista de Processo, nº 262. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 345-378, item 3. Da mesma forma, ID., *Judicial precedent and arbitration – are arbitrators bound by judicial precedents? A comparative study of UK, US and Brazilian Law and practice*. London: Wildy, Simmonds & Hill, 2017, p. 18-19.

⁴⁰⁸ A nomenclatura e a abordagem são de DIDIER JR., FREDIE; BRAGA, PAULA SARNO; OLIVEIRA, RAFAEL ALEXANDRIA DE. *Curso de direito processual civil*. Volume 2. [2003] 10ª edição, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 459-460.

⁴⁰⁹ Ao lado da promoção da unidade do direito, a economia processual costuma recorrentemente ser apontada pela doutrina como uma importante vantagem de um sistema de precedentes (cf., por todos, BANKOWSKI, ZENON; MACCORMICK, NEIL; MORAWSKI, LECH; RUÍZ MIGUEL, ALFONSO. *Rationales for precedents*. In: MACCORMICK, NEIL; SUMMERS, ROBERT SAMUEL (orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 490).

IV, que dá ao relator o poder de, *in limine*, negar seguimento “a recurso que for contrário a” precedentes vinculantes; e, inciso V do mesmo artigo, que autoriza o relator, após promovido o contraditório, a dar provimento monocraticamente a recurso contra decisão que, em síntese, deixa de observar precedente; o artigo 1.040, inciso I, letras *a* e *b*, que autoriza a negativa de seguimento, pelo tribunal de origem, a recurso especial ou extraordinário que contrariar precedente do STJ ou STF, respectivamente; e o inciso II do mesmo artigo, que determina, na hipótese de prolação de decisão contrária a precedente vinculante, seja o caso devolvido ao órgão fracionário do tribunal que proferiu a decisão para que se retrate.

Há, por fim, a presença das mínimas condições *institucionais* para um sistema de precedentes vinculantes, verificando-se disposições destinadas a organizar os dois fatores normalmente apontados como requisitos básicos para isso em qualquer experiência jurídica⁴¹⁰: a existência de um sistema judiciário organizado e hierarquizado, com competências bem definidas⁴¹¹; e a existência de sistemas oficiais de divulgação e publicação de decisões, amplamente acessível⁴¹².

A partir dessas breves considerações é possível dizer que a existência de um sistema de precedentes vinculantes no Brasil projeta-se, atualmente, como uma realidade firmemente estabelecida, com dupla ancoragem⁴¹³. O seu pilar central está na necessidade *substancial* de um sistema de precedentes obrigatórios para a promoção da vinculação ao (e da unidade do) direito, um imperativo de *meio* para que existam condições mínimas de se almejar com expectativas reais a *finalidade* da conquista de um sistema jurídico seguro, capaz de propiciar

⁴¹⁰ Cf. CROSS, RUPERT; HARRIS, JAMES W. *Precedent in English law*. [1961] 4ª edição, Oxford: Oxford University Press, 1991, p. 24-25.

⁴¹¹ Sobre a organização normativa e conceitual do sistema judiciário brasileiro, abordando o tema sob a ótica das condições para existência de um sistema de precedentes, ver, por todos, MITIDIERO, DANIEL. *Cortes superiores e cortes supremas*. [2013] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, *passim*; e MARINONI, LUIZ GUILHERME. *O STJ enquanto corte de precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, *passim*.

⁴¹² Afirmando a existência de uma “*íntima relação* entre os precedentes e os seus repositórios”, MITIDIERO, DANIEL. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. [2016] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 38. Anotando que “para dar efetividade ao sistema de precedentes judiciais, é necessário redimensionar o princípio da publicidade”, DIDIER JR., FREDIE; BRAGA, PAULA SARNO; OLIVEIRA, RAFAEL ALEXANDRIA DE. *Curso de direito processual civil*. Volume 2. [2003] 10ª edição, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 475. Além de ser bem conhecido por qualquer estudante ou profissional do direito que a *internet* permitiu o acesso amplo e imediato a repertórios oficiais de decisões judiciais (basta dizer que *todos* os tribunais brasileiros possuem sítios eletrônicos por meio dos quais é possível ter acesso ao conteúdo de praticamente *todas* as decisões prolatadas), o CPC-2015 estabeleceu normativamente a obrigatoriedade não só de divulgação, mas de *organização* dos precedentes por questões, ampliando as possibilidades de informação (art. 927, §5º).

⁴¹³ ZANETI JR., HERMES. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 190 e 345. Afirma o autor – com o que se concorda – que “a força normativa dos precedentes *prescinde da vinculação formal* e pode ser reconhecida *mesmo quando não ocorra a expressa menção* na legislação de um determinado ordenamento jurídico. Contudo, defendemos aqui a *utilidade* da previsão constitucional e legal como formalização da força normativa dos precedentes. O reconhecimento formal pela lei da força normativa dos precedentes é um passo decisivo no processo civilizatório jurídico, *auxiliando nos processos culturais* que poderiam levar muito tempo e apresentar, no seu desenvolvimento, menos garantias para os direitos fundamentais” (grifou-se).

liberdade e igualdade para todos os que dele dependam. Mas também existe, em boa medida, um apoio importante de inequívocas manifestações formais expressas do direito positivo brasileiro, tanto na órbita constitucional, como na infraconstitucional. Como resultado, a regra do *stare decisis* vigora no nosso sistema jurídico, emprestando eficácia normativa vinculante aos precedentes. Pode-se dizer, utilizando-se a escala dos tipos-ideais de relevância antes exposta, pode-se dizer que se trata de uma *eficácia normativa forte* (6)⁴¹⁴, o que é sustentado pelo direito positivo, por muitas das disposições citadas, que estabelecem, entre outros, os deveres de procurar, referir e seguir precedentes pertinentes, admitida a realização de distinções e (pelos órgãos competentes) superações, sendo a inobservância desses deveres causa de invalidação, reforma e/ou rescisão da decisão, por vício de motivação e/ou erro de julgamento, passíveis de serem veiculados por meios recursais e/ou extrarecurais de impugnação.

3. Proposta e Aplicação de uma Metodologia Interpretativa Antiformalista Moderada para a Interpretação dos Precedentes no Processo Civil Brasileiro.

Tendo o direito brasileiro encampado a regra do *stare decisis* – especificamente, sendo os precedentes dotados de uma eficácia normativa forte –, ganha força o interesse na estruturação de um aparato conceitual capaz de instrumentalizar a teoria e a prática jurídicas para lidar com as principais questões técnicas implicadas no raciocínio jurídico-decisório com precedentes no contexto cultural e positivo do nosso processo civil. É dizer: toma corpo a necessidade de se saber como lidar com precedentes a partir de uma perspectiva *metodológica*, isto é, de uma abordagem que se preocupa sobretudo com os aspectos relativos à *compreensão/interpretação* e *uso/aplicação* dos precedentes. A principal razão para isso decorre da preocupação e cuidado que há de se ter para que não se expanda ou restrinja indevidamente, no plano horizontal da cognição, a força normativa a questões que, respectivamente, deveriam ou não deveriam ter eficácia de precedente⁴¹⁵.

Na toada de uma abordagem de inspiração analítica, que tem sido a tônica do presente trabalho, faz-se necessário precisar um *conceito de precedente* e delinear as linhas gerais de um *método* para a individualização da sua *ratio decidendi*. O que se propõe é que essa tarefa é uma

⁴¹⁴ Também nesse sentido, MITIDIERO, DANIEL. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. [2016] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 84-85, nota 39.

⁴¹⁵ Sobre ser essa uma fundada preocupação na tradição do *common law*, assim leciona EISENBERG, MELVIN ARON. *The nature of common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 51: “As a practical matter, the force of the principle of *stare decisis* is inversely related to the extent of the deciding court’s discretion to determine what rule a precedent stands for. *This has led a number of commentators to formulate mechanical rules for making that determination, in an effort to suggest that the deciding court has no latitude in the matter*” (grifou-se).

atividade *lato sensu* interpretativa, que tem que ser capaz de lidar com o problema da tríplice indeterminação das decisões judiciais. É desde esse ponto de vista que as propostas apresentadas na Parte II do trabalho para a construção de uma teoria antiformalista moderada sobre a interpretação das decisões judiciais, propostas essas que se mostram capazes de dar conta desse problema, nos três percursos interpretativos identificados, são de interesse e utilidade.

O Código de Processo Civil brasileiro utiliza diferentes termos para, presumivelmente, referir-se a “precedentes”. Para ficar com alguns exemplos, nos diversos incisos e parágrafos do artigo 927, que como visto é um dos pontos de sustentação da regra do *stare decisis* no nosso direito positivo, utilizam-se os termos “decisões”, “enunciados”, “acórdãos”, “orientação” e “tese” para, aparentemente, referir-se a um conceito intuitivo de “precedente”; no artigo 489, §1º, incisos V e VI empregam-se os termos “precedente”, de um lado, e “fundamentos determinantes” e “entendimento”, de outro, em relação respectivamente de continente e conteúdo; no artigo 966, §5º, menciona-se “padrão decisório”. Vê-se, portanto, que os termos são variados e os sentidos são muitos, de modo que é preciso lapidar o conceito aqui utilizado.

“Precedente” é um termo equívoco. De fato, é corriqueiro o seu emprego para referir-se a uma *decisão*, proferida em um momento anterior ao momento em que a menção é feita, que tenha cuidado de um caso que por alguma razão pensa-se ter algum traço de similitude relativamente a um outro caso concreto tomado em consideração. Outras vezes o termo “precedente” é utilizado para fazer menção apenas a *parte(s) de uma decisão* que por alguma razão – por exemplo, por ser o seu núcleo, por expressar o princípio jurídico utilizado, por ser a razão de decidir, *etc.* – considera-se tem um grau maior de revelância. Em outras ocasiões, ainda, emprega-se o termo “precedente” para fazer alusão a algum *tipo de decisão* que por alguma razão – por exemplo, por ser relativa a um caso paradigmático (“*leading case*”), por ser proveniente de um órgão jurisdicional de cúpula (Cortes de vértice), *etc.* – estima-se possuir uma especial condição de importância. Também o termo “precedente” costuma ser usado para referir-se a um *conjunto de decisões* que por alguma razão entende-se ser de significado para sustentar uma determinada posição. Finalmente, o termo “precedente” é utilizado para indicar uma norma geral (regra, princípio) ou um elemento qualquer (razão, argumento, fatos) que por alguma razão considera-se é enunciada ou ilustrada por uma decisão de um caso particular⁴¹⁶.

⁴¹⁶ Esses são, em largas linhas, alguns dos usos de “precedente” indicados por CHIASSONI, PIERLUIGI. *Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto*. *Analisi e Diritto*, 2004, p. 78-80; e MARSHALL, GEOFFREY. *What is binding in a precedent*. In: MACCORMICK, NEIL; SUMMERS, ROBERT SAMUEL (orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 503-504. Um mais extenso panorama sobre os diversos usos do termo “precedente” em diversos contextos jurídico-culturais pode ser encontrado nos

Não é incomum, ademais, que haja uma utilização variamente combinada desses diferentes sentidos.

Uma definição já previamente esboçada⁴¹⁷ (“pronunciamento judicial autoritativo sobre o significado do direito a respeito de uma determinada classe de questões jurídicas, pronunciamento esse que constitui uma norma geral que orienta, de forma mais ou menos vinculante, a tomada de decisões futuras sobre questões envolvendo uma situação jurídica pertencente à classe examinada”) empregou o termo “precedente” em um sentido *misto*, de certo modo combinando alguns dos usos indicados no parágrafo anterior, especialmente os dois últimos; *precedente*, assim, foi utilizado para fazer referência a uma *parte* (relevante) de um *tipo* (especial) de decisão da qual decorre uma *norma*. Esse sentido não se mostra equivocado; mas permanece um tanto quanto opaco. É necessário, assim, precisar melhor as nuances de significado do termo e os fenômenos que com ele estão relacionados, a fim de se definir de modo mais claro e adequado o significado e o uso do termo “precedente”.

Uma distinção inicial deve ser feita entre precedente e decisão. Ou melhor, entre precedente e *texto* decisório⁴¹⁸. Conforme em linhas gerais visto⁴¹⁹, a decisão judicial é um tipo de documento normativo, isto é, um tipo de um *texto jurídico* dotado de *autoridade* e ao qual é possível *adscrever* normas jurídicas. Como tal, por sua natureza, o texto decisório sujeita-se à interpretação para tornar possível o seu entendimento e cumprimento. Em verdade, *necessita de interpretação*, mercê de problemas oriundos de sua *tríplice indeterminação*. E isso se revela

trabalhos dos integrantes do *Bielefelder Kreis* reunidos em MACCORMICK, NEIL; SUMMERS, ROBERT SAMUEL (orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 17-436.

⁴¹⁷ Ver *supra* (Parte II, ponto 3.)

⁴¹⁸ A distinção entre precedente e decisão, de forma implícita ou explícita e com variável utilização de sentido desses e de outros termos correlatos, é recorrente na doutrina. Exemplificativamente: “(...) os órgãos judicantes (...) descortinam-se como celeiro inesgotável de atos decisórios. Assim, o núcleo de cada um destes pronunciamentos constitui, em princípio, um precedente judicial” CRUZ E TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 11); “Seria possível pensar que toda decisão judicial é um precedente. Contudo, ambos não se confundem, só havendo sentido falar de precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados. De modo que, se todo precedente ressaí de uma decisão, nem toda decisão constitui precedente” (MARINONI, LUIZ GUILHERME. *Precedentes obrigatórios*. [2010] 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 156); “O precedente é formado a partir da decisão judicial” (MITIDIERO, DANIEL. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. [2016] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 83); “Nem toda decisão judicial é um precedente e nem todo material exposto na justificação tem força vinculante. A aplicação de precedentes, portanto, obviamente não dispensa a interpretação do significado do caso e das razões empregadas para sua solução, o que exige juízes sensíveis e atentos às particularidades dos casos e capazes de empreender sofisticados processos de apreensão e universalização de razões e comparação entre casos. (...) O que vincula nas decisões capazes de gerar precedente pode ser identificado com a *ratio decidendi* de um caso ou de uma questão jurídica – também conhecido como *holding* do caso” (MARINONI, LUIZ GUILHERME; ARENHART, SÉRGIO CRUZ; MITIDIERO, DANIEL. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 873).

⁴¹⁹ Para as linhas gerais dessas noções, ver *supra* (Parte II, ponto 2).

particularmente importante – em verdade, determinante – para o estabelecimento de um conceito de precedente e para a individualização da *ratio decidendi*.

3.1. A primeira causa de indeterminação: limitada potencialidade normativa das decisões. O primeiro percurso interpretativo: do texto decisório aos enunciados normativos da decisão (“rationes decidendi prima facie”)

Como visto⁴²⁰, a primeira causa de indeterminação da decisão judicial, enquanto documento normativo, diz respeito à *limitada potencialidade normativa* do texto decisório. Sobre isso, há duas questões preliminares. Não são todas as decisões judiciais que têm aptidão para dar origem a um precedente vinculante, mas apenas *algumas* decisões. Além disso, não é a totalidade do texto decisório que tem condições de ser base de suporte para a adscrição de normas jurídicas obrigatórias, mas apenas uma *parte*. É necessário, então, definir quais tipos de decisões e qual(is) parte(s) de uma decisão judicial têm potencialidade normativa; em especial, no que agora interessa, potencialidade para dar origem a um precedente.

A primeira dessas questões passa pela definição de problemas ligadas aos arranjos de hierarquia e de competência das Cortes no sistema judiciário. Não é necessário, nesse momento, revisitar toda a problemática implicada nesse tema, que já foi muito bem enfrentada e teve soluções muito bem encaminhadas pela doutrina⁴²¹, bastando apenas referir as suas nuances mais importantes. Nesse sentido, por uma exigência de hierarquia e de coerência; de respeito às competências constitucionalmente e legalmente definidas; e de consideração do contexto pragmático do sistema judiciário brasileiro atual, apenas podem ser consideradas decisões com *aptidão* para dar origem a precedentes as decisões provenientes de órgãos judiciais que *institucionalmente* devem atuar como Corte de precedentes. Assim, *ordinariamente*⁴²², apenas

⁴²⁰ Sobre as noções conceituais implicadas nessa primeira causa de indeterminação, ver *supra* (Parte II, ponto 5).

⁴²¹ Reiterando e complementando o que já referido *supra* (Parte III, ponto 2, nota 411), para uma análise da organização normativa e conceitual do sistema judiciário brasileiro sob a ótica de um sistema de precedentes, ver, por todos, MITIDIERO, DANIEL. *Cortes superiores e cortes supremas*. [2013] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, *passim*; ID., *Precedentes: da persuasão à vinculação*. [2016] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 75-81; MARINONI, LUIZ GUILHERME. *O STJ enquanto corte de precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, *passim*; MARINONI, LUIZ GUILHERME. *Precedentes obrigatórios*. [2010] 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 284-291. Para uma análise do tema na perspectiva do direito italiano e comparado, ver os ensaios recolhidos em TARUFFO, MICHELE. *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991.

⁴²² Excepcionalmente, Cortes de justiça – como os Tribunais de Justiça (art. 125, CFRB) e Tribunais Regionais Federais (art. 108, CRFB) –, que não detêm estrutura e competência para funcionarem *ordinariamente* como Cortes de precedente, podem *excepcionalmente* exercer *função* própria a Cortes de precedentes, podendo nesses casos prolatar decisões com aptidão para dar origem a precedentes. Paradigmaticamente, esse será o caso quando

terão aptidão para dar origem a precedentes decisões prolatadas pelas Cortes supremas de nosso sistema judiciário – notadamente, o Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional (art. 102, CRFB); e o Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional federal (art. 105, CRFB). Sobre isso, anote-se que o *rol* do artigo 927 do CPC é *exemplificativo*⁴²³, de modo que *todas as decisões* proferidas pelas Cortes de vértice, por seus diversos órgãos fracionários, no exercício da *função* de outorgar *unidade* ao direito têm aptidão para dar origem a precedentes⁴²⁴. Isso ocorrerá, no caso do Supremo Tribunal Federal, não apenas no julgamento de ações destinadas ao controle de constitucionalidade (inciso I), não apenas no julgamento de casos que tenham dado origem a súmulas, vinculantes ou não (incisos II e IV), não apenas no julgamento de casos repetitivos (inciso III) e não apenas no julgamento realizado pelo plenário (inciso V); e, no caso do Superior Tribunal de Justiça, isso também ocorrerá não apenas no julgamento de casos que tenham dado origem a enunciados de súmulas (incisos II e IV), não apenas no julgamento de casos repetitivos (inciso III) e não apenas nos julgamentos realizados pelo plenário, pela corte especial ou pelas seções (inciso V). Isso quer dizer, por exemplo, que mesmo decisões proferidas pelas turmas dessas Cortes e mesmo as decisões proferidas no julgamento de casos não repetitivos têm aptidão para dar origem a precedentes, já que também nessas situações as decisões são prolatadas por essas cortes (por seus diversos órgãos) de vértice da hierarquia do sistema judiciário brasileiro no exercício da competência que lhes foi outorgada. E assim é mesmo que não haja múltiplos pronunciamentos a respeito de uma dada questão (*jurisprudência*), já que o aspecto *quantitativo* de julgados não exerce, por si só, papel relevante⁴²⁵. Disso decorre, resumindo o tema em uma palavra, que apenas decisões prolatadas por Cortes (por seus diversos órgãos) *funcionando* como Cortes de precedente têm aptidão para

um Tribunal de Justiça decidir como instância final questão de direito relativa a direito estadual ou municipal não sujeita à competência das Cortes *institucionalmente* de vértice.

⁴²³ Contra, entendendo que se trata de uma enumeração fechada, DIDIER JR., FREDIE; BRAGA, PAULA SARNO; OLIVEIRA, RAFAEL ALEXANDRIA DE. *Curso de direito processual civil*. Volume 2. [2003] 10ª edição, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 455.

⁴²⁴ MARINONI, LUIZ GUILHERME. *Julgamento nas cortes supremas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 21-23; MITIDIERO, DANIEL. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. [2016] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 90-94.

⁴²⁵ O aspecto quantitativo é próprio de um sistema que lida apenas com a *jurisprudência* e é estranho, a um sistema de precedentes, como condição para a atribuição de eficácia *normativa* forte a um dado pronunciamento sobre o significado do direito. Distinguindo precedente e jurisprudência, entre outros, pelo aspecto quantitativo, por todos, TARUFFO, MICHELE. *Precedente e giurisprudenza*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007, p. 12.

gerar precedentes⁴²⁶. A essas decisões se dará a denominação de *decisão-precedente*⁴²⁷, uma elipse para significar “decisão com aptidão para dar origem a um precedente”.

A segunda questão é, por si só e desde logo, um problema tanto ou mais intrincado, tanto do ponto de vista conceitual (definir *in abstracto* qual parte das decisões judiciais, em geral, tem essa potencialidade normativa), quanto do ponto de vista prático (decidir *in concreto* qual parte de uma específica decisão judicial apresenta essa potencialidade normativa). Uma decisão em condições de dar origem a um precedente pode ter diferentes graus de *complexidade*, considerando tanto aspectos *quantitativos* quanto *qualitativos*. Com efeito – para referir potenciais focos desse tipo de indeterminação –, pode-se dizer que decisões judiciais em condições de dar origem a precedentes podem ter (e frequentemente têm) grande extensão; podem tratar (e frequentemente tratam) de diversas questões; e podem ser (e frequentemente são) o resultado de diferentes votos. A prática atual do Supremo Tribunal Federal é pródiga em exemplos nesse sentido: de fato, é tarefa facílima encontrar acórdãos da Corte Suprema brasileira com dezenas ou mesmo centenas de laudas; tratando de diversos temas, em distintos níveis; e com votos com diferentes conteúdos, proferidos por mais de um ou, muito frequentemente, por todos os ministros integrantes.

De que modo pode e deve ser identificado, nesse complexo de elementos que formam a decisão, o precedente? Uma definição sobre isso é necessária, entre outras razões, para que não haja a atribuição de autoridade *normativa* à totalidade do discurso decisório – isto é, à totalidade da decisão –, o que do ponto de vista conceitual igualaria os significados de “decisão” e “precedente”; e, do ponto de vista prático, para dizer o mínimo, não seria nem desejável, nem factível, porque tornaria inviável a operacionalização do raciocínio com precedentes e ampliaria sobremaneira problemas como os de incoerência e inconsistência de votos integrantes de uma mesma decisão e de decisões entre si. Uma concepção como essa, ademais, não é sequer sustentada pelo ordenamento jurídico brasileiro⁴²⁸ – já que, como dito, o artigo 489, §1º, incisos

⁴²⁶ Nesse sentido, AMARAL, GUILHERME RIZZO. *Judicial precedent and arbitration – are arbitrators bound by judicial precedents? A comparative study of UK, US and Brazilian Law and practice*. London: Wildy, Simmonds & Hill, 2017, p. 11-12.

⁴²⁷ A expressão é de CHIASSONI, PIERLUIGI. *La giurisprudenza civile*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 45-259; ID., *The philosophy of precedent*. In: BUSTAMANTE, THOMAS DA ROSA DE; BERNAL PULIDO, CARLOS (orgs.). *On the philosophy of precedent*. Stuttgart: Franz Steiner, 2012, p. 13-33; e ID., *Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto*. *Analisi e Diritto*, 2004, p. 75-101.

⁴²⁸ Como destaca FRIAS, JORGE EUSTÁCIO DA SILVA. *Interpretação da sentença cível*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 365, a última versão do Projeto do novo Código de Processo Civil votada pela Câmara dos Deputados continha dispositivo destinado a regular a atribuição de efeito normativo a parte do discurso decisório: “O efeito previsto nos incisos do caput deste artigo decorre dos fundamentos determinantes adotados pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido sumulado”. O dispositivo, no entanto, não foi mantido no texto final do CPC-2015.

V e VI, que concretiza alguns importantes deveres que gravam o magistrado e que decorrem da regra do *stare decisis* com eficácia normativa forte, como é o caso do dever de o magistrado considerar e seguir precedentes, a menos que possa distinguir o caso em julgamento, sob pena de invalidade da decisão, por ausência de justificação. É preciso, portanto, definir quais são os “fundamentos determinantes” (art. 489, §1º, V, CPC), isto é, qual *parte* da decisão possui *eficácia de precedente* – que, como dito, no sistema jurídico brasileiro é uma eficácia *normativa forte*⁴²⁹. Frise-se, por oportuno, para manter o rigor da análise, que é possível que uma determinada decisão tenha mais de uma parte com autoridade normativa, assim como é possível que se conclua que uma determinada decisão simplesmente não expressa um enunciado em condições de atrair essa qualidade.

A tarefa de *definir* qual(is) – se algum – trecho(s) da decisão possui(em) eficácia normativa é uma atividade *interpretativa* da decisão judicial. Trata-se de um exercício integrante da *análise normativa* (interpretação da decisão em função normativa) da decisão judicial, comumente designada pela expressão “interpretação do precedente”⁴³⁰. *Produto* dessa atividade será o isolamento de um (alguns) enunciado(s) decisório(s) com autoridade normativa; para utilizar uma linguagem mais precisa, de um (alguns) *enunciado(s) normativo(s)*⁴³¹ – isto é, fragmentos *autoritativos* do discurso decisório –, a que se convencionará chamar de *ratio decidendi*⁴³² (*rationes decidendi*) *prima facie*. Por conseguinte, a atividade de interpretação da decisão judicial em *função normativa geral* direcionada à redução dessa causa de indeterminação, gerada pela invariável limitada potencialidade normativa do texto decisório, tem como produto uma *ratio decidendi prima facie*, algumas (mais de uma) *rationes decidendi prima facie* ou nenhuma *ratio decidendi prima facie*. Em uma frase, portanto, a interpretação da decisão judicial no percurso que parte do texto decisório resulta em um enunciado normativo (decisório) denominado *ratio decidendi prima facie*⁴³³.

⁴²⁹ Conforme acenado *supra* (Parte III, ponto 1), os autores que atribuem aos precedentes uma eficácia meramente argumentativa (persuasiva) não necessitam de tanto rigor na distinção, já que *qualquer argumento* constante da decisão (e, com isso, boa parcela do discurso decisório) pode desempenhar algum papel de convencimento sobre o significado do direito e auxiliar no convencimento para a resolução de novos casos de uma determinada forma. Nesse sentido, por exemplo, na consistente tese de BUSTAMANTE, THOMAS DA ROSA DE. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012, o autor, partindo de uma concepção *argumentativa* das fontes do direito (p. 293-298), recusa a necessidade da distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum* e trata *todas* as razões jurídicas que decorrem de uma decisão como *rationes decidendi* (p. 275-277), admitindo a atribuição de diferentes pesos, conforme esquemas de ponderação que, propõe, sejam concretamente utilizados (p. 369-387).

⁴³⁰ Sobre essa temática e o uso das expressões, ver *supra*, Parte II, ponto 3.

⁴³¹ Sobre o conceito de *enunciado normativo*, ver *supra*, Parte II, ponto 2.

⁴³² Como é vulgarmente e por demais sabido, tradicionalmente a expressão *ratio decidendi* é utilizada para designar a parte da decisão com eficácia vinculante. Nesse sentido, por todos, CROSS, RUPERT; HARRIS, JAMES W. *Precedent in English law*. [1961] 4ª edição, Oxford: Oxford University Press, 1991, p. 39.

⁴³³ Cf. CHIASSONI, PIERLUIGI. *The philosophy of precedent*. In: BUSTAMANTE, THOMAS DA ROSA DE; BERNAL PULIDO, CARLOS (orgs.). *On the philosophy of precedent*. Stuttgart: Franz Steiner, 2012, p. 18-19.

Há, no entanto, diversos outros passos que precisam ser dados para encontrar a *ratio decidendi prima facie*. Segue-se, portanto, no âmbito das atividades que concernem ao primeiro percurso da interpretação do precedente.

A técnica de determinação da *ratio decidendi* é certamente o *problema central* do capítulo metodológico de uma teoria dos precedentes⁴³⁴. O bom desenvolvimento de um sistema jurídico amparado em um sistema de precedentes vinculantes depende, em larga medida, de alguma concordância razoável a respeito da noção de *ratio decidendi* e da forma de identificá-la, de zonas de amplo consenso dentro do raio de possibilidades para essas questões. É de certo modo frustrante, assim, verificar e concluir que, mesmo após mais de centena de anos da prática com precedentes, inclusive de décadas da prática de precedentes com eficácia normativa fortíssima, esse se trata de um problema conceitual e metodológico não resolvido e que segue sendo altamente controvertido, objeto de disputas históricas e bem conhecidas entre variados autores no âmbito da tradição do *common law*⁴³⁵. De outro lado, é bastante compreensível que as coisas sejam desse modo, principalmente considerando que a fixação de um conceito e de uma forma de determinação da *ratio decidendi* envolve, do ponto de vista dogmático, não uma tarefa científica de reconhecimento de uma realidade, mas largamente a realização de importantes escolhas valorativas⁴³⁶. O certo é que, como resultado, a forma de determinação da *ratio decidendi* mostra-se ainda amplamente indeterminada. E, nada obstante, em um quase-paradoxo, essa indeterminação parece não impedir que a prática jurídica desenvolva-se de modo razoavelmente segura no âmbito da tradição do *common law*, mercê de fatores *culturais* bem definidos e próprios de uma realidade jurídico-social bastante diferente da brasileira⁴³⁷.

⁴³⁴ “To be fully intelligible, any such doctrine must indicate in some way the element in precedents which is supposed to be binding (if any it is) or persuasive in the strongest degree of persuasiveness admitted. (...). The identification of the binding or the specifically persuasive element in decision is a matter of some importance” (MACCORMICK, NEIL. *Why cases have rationes and what these are*. In: GOLDSTEIN, LAURENCE (org.). *Precedent in law*. Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 156).

⁴³⁵ Na literatura clássica do *common law*, afirmando ser essa a realidade e examinando os diversos desenvolvimentos do problema, ROSS, RUPERT; HARRIS, JAMES W. *Precedent in English law*. [1961] 4ª edição, Oxford: Oxford University Press, 1991, p. 39-75. Na literatura atual do *common law*, atestando permanecer o problema, DUARTE D'ALMEIDA, LUÍS; MICHELON, CLÁUDIO. *The structure of arguments by analogy in Law*. [2016] *Argumentation*, vol. 31, nº 2, 2017, p. 385-386. Para um panorama na literatura mais recente do *common law* sobre diversas nuances do problema, DUXBURY, NEIL. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 58-92.

⁴³⁶ MARSHALL, GEOFFREY. *What is binding in a precedent*. In: MACCORMICK, NEIL; SUMMERS, ROBERT SAMUEL (orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 513.

⁴³⁷ Não é o caso de examinar-se aqui esses fatores jurídico-sociais que distinguem a realidade cultural brasileira da experiência de outros países que têm uma prática mais tradicional de precedentes. Para uma abordagem sobre o tema, veja-se, por todos, MARINONI, LUIZ GUILHERME. *A ética dos precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, *passim*.

Não compartilhando desse mesmo contexto jurídico cultural, a construção de uma adequada teoria dos precedentes no direito brasileiro necessita ser feita sob alicerces conceituais e metodológicos claros, para que possam ser criticamente analisados à luz da nossa tradição jurídica e, com isso, serem acomodados até tornarem-se sólidos, os instrumentos próprios à utilização de precedentes. E sem uma definição bem estruturada de um conceito de *ratio decidendi* e de uma forma pragmaticamente factível, considerando a realidade do direito brasileiro, para *reduzir as causas de indeterminação* que cercam a sua individualização, não será possível operar com precedentes, já que, no limite, não se saberá *o que* o precedente exprime autoritativamente, não se saberá qual a norma que deverá passar a ser seguida; e, via de consequência, não se saberá qual é o direito vigente, indefinição que compromete o alcance da almejada unidade do direito e a promoção do desejado ideal de segurança jurídica. É necessário, assim, trabalhar para desenvolver um conceito de *ratio decidendi* e um método para a sua individualização em condições de atender às necessidades e lidar com as vicissitudes do nosso sistema jurídico.

Há diversas perspectivas de análise que podem e devem ser empregadas para encaminhar uma proposta de solução para esse problema. A primeira perspectiva diz respeito à *natureza da ratio decidendi*⁴³⁸. Diferentes trechos da decisão podem oferecer *razões argumentativas (argumentos)* para uma determinada solução de um caso ou de uma questão sob discussão. Argumentos são razões para *convencimento* e, como tal, podem ser de variadas ordens. O que mais interessa, no entanto, na ótica de uma teoria dos precedentes em um contexto jurídico que lhes reconhece eficácia normativa forte, como é o caso do direito brasileiro atual, são as *razões autoritativas* ou *normativas (normas)* enunciadas pela Corte ao decidir sobre o significado do direito para uma dada classe de situações jurídicas. Razões argumentativas e razões normativas são conceitos com diferente natureza, mas não necessariamente devem estar contrapostos, já que, embora certamente não sejam todas as razões argumentativas de uma decisão também razões normativas, as razões normativas são necessariamente razões argumentativas⁴³⁹. E *quais* são essas razões normativas e de que *modo* elas podem ser identificadas? Trata-se de fragmentos *expressos* do discurso decisório (elementos textuais) ou de razões *implícitas* nesses (ou a partir desses) fragmentos (elementos extra/metatextuais)?

⁴³⁸ Cf. CHIASSONI, PIERLUIGI. *The philosophy of precedent*. In: BUSTAMANTE, THOMAS DA ROSA DE; BERNAL PULIDO, CARLOS (orgs.). *On the philosophy of precedent*. Stuttgart: Franz Steiner, 2012, p. 18-19; e ID., *Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto*. *Analisi e Diritto*, 2004, p. 80-82.

⁴³⁹ Atente-se para o fato de que a afirmação de que razões normativas são também razões argumentativas não implica necessariamente que razões normativas sejam *boas* razões argumentativas. O valor persuasivo das razões normativas não impacta a sua condição de argumento, podendo haver (como, de fato, recorrentemente se verifica na prática) razões normativas que sejam *más* razões do ponto de vista argumentativa.

Essas são apenas algumas das questões⁴⁴⁰ envolvidas na definição de quais elementos podem funcionar como razões autoritativas que constituem a *ratio decidendi*.

O direito positivo brasileiro não traz disposições expressamente destinadas a regular a *forma* de identificação da *ratio decidendi*, de modo que a análise deverá pautar-se por parâmetros obtidos a partir de uma reconstrução conceitual embasada em premissas já justificadamente estabelecidas e considerando o nosso contexto jurídico-cultural. A tarefa de encontrar a ponta desse novelo de questões, ponta essa que se necessita localizar para começar a desatar o emaranhado de problemas envolvidos na delimitação da *ratio decidendi* de um precedente, passa pela identificação da *premissa normativa* da decisão, isto é, do enunciado normativo *logicamente implicado* na estrutura do silogismo decisório que sustenta a conclusão decisória (decisão *stricto sensu/norma individual*)⁴⁴¹. Retoma-se, aqui, o esquema $(F \leftrightarrow N) \rightarrow Q \rightarrow C$, que representa de modo simplificado a estrutura lógica da justificação das decisões judiciais e que é a ferramenta básica e essencial para a análise normativa das decisões judiciais⁴⁴² – e, assim, é também a ferramenta-chave para a interpretação normativa dos precedentes, destinada à identificação da *ratio decidendi*⁴⁴³. A *ratio decidendi* é justamente a premissa maior (*N*) desse esquema, isto é, a *norma jurídica geral* da estrutura silogística do discurso justificativo da decisão judicial que tem aptidão para expressar um precedente (decisão-precedente). Essa é a *componente nuclear* da noção de *ratio decidendi* e esse é o esquema básico para encontrá-la. Mas é necessário examinar algumas tantas outras questões

⁴⁴⁰ Um exame analítico que distingue essas e outras questões entre as várias noções de *ratio decidendi* propostas pela doutrina pode ser encontrado em CHIASSONI, PIERLUIGI. *The philosophy of precedent*. In: BUSTAMANTE, THOMAS DA ROSA DE; BERNAL PULIDO, CARLOS (orgs.). *On the philosophy of precedent*. Stuttgart: Franz Steiner, 2012, p. 18-20; e ID., *Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto*. *Analisi e Diritto*, 2004, p. 82-84.

⁴⁴¹ Nesse sentido, GUASTINI, RICCARDO. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 132; ID., GUASTINI, RICCARDO. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 264; CHIASSONI, PIERLUIGI. *The philosophy of precedent*. In: BUSTAMANTE, THOMAS DA ROSA DE; BERNAL PULIDO, CARLOS (orgs.). *On the philosophy of precedent*. Stuttgart: Franz Steiner, 2012, p. 19; e BUSTAMANTE, THOMAS DA ROSA DE. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 277.

⁴⁴² Sobre a construção desse esquema lógico e sua estruturação, simples e complexa, bem como a sua utilidade para a análise normativa da sentença, ver *supra*, Parte II, ponto 2 e 3.

⁴⁴³ É oportuno e muito importante reforçar, novamente, um ponto já destacado, mas que deve insistentemente ser repetido, para que não haja incompreensões ou falsas impressões. Dessa feita, reproduzem-se as palavras de CHIASSONI, PIERLUIGI. *The philosophy of precedent*. In: BUSTAMANTE, THOMAS DA ROSA DE; BERNAL PULIDO, CARLOS (orgs.). *On the philosophy of precedent*. Stuttgart: Franz Steiner, 2012, p. 21: “this way of proceeding, that recalls the centuries-old idea of the judicial syllogism, should carefully reject any formalism, or logicism, concerning judicial decisions; the idea that precedent-judgments have a logical structure, indeed, does not by itself imply any commitment to the mistaken view that judicial reasoning is a purely logical reasoning from evident premisses; contrariwise, as masterly shown, e.g., by Jerzy Wróblewski and Robert Alexy, the idea of the logical structure of judicial decision (in Wróblewski's original term: the idea of the ‘internal justification’ of judicial decisions) is just a useful *tool* of analysis and criticism of judicial decisions, that is perfectly compatible with the view that the premisses of the internal justification of decisions are *chosen* by the judge, though they should be provided in turn with some justification (‘external justification’)”.

que influem decisivamente na interpretação do precedente para a adscrição da *ratio decidendi* final.

Uma primeira definição fundamental é sobre *quais* silogismos judiciais têm aptidão para gerar precedentes e devem, por isso, ser examinados em uma interpretação normativa da decisão-precedente para a identificação da *ratio decidendi*. A diferenciação que aqui deve ser retomada é uma distinção que já foi feita, entre o silogismo que resolve a questão principal do processo e outros diversos silogismos que resolvem variadas questões prévias concatenadas em função da resolução da questão principal⁴⁴⁴. Trata-se, aqui, de uma definição a respeito de se uma *ratio decidendi* pode ser identificada apenas a partir do silogismo que resolve a questão principal do processo, ou se é possível identificar *rationes decidendi* a partir de silogismos que resolvem também questões prévias. Essa temática diz respeito ao debate que nos contextos jurídico-culturais ligados à tradição da *common law* concerne à contraposição entre as razões utilizadas para a resolução do *caso* (“*case*”)⁴⁴⁵ e as razões empregadas para a resolução de uma *questão* ou *ponto de direito* (“*issue*” ou “*point of law*”)⁴⁴⁶. Não destoando do método de exposição utilizado até aqui, não é o caso de reproduzir integralmente os debates a respeito dessa problemática, mas apenas de destacar algumas de suas nuances a fim de embasar a proposta apresentada.

A tomada de uma posição a esse respeito não é informada por questões meramente técnicas, infensa a valorações; diferentemente, é uma definição essencialmente valorativa e preme de consequências importantíssimas, já que, conforme seja, impulsiona ou neutraliza significativa e definitivamente o potencial normativo de muitos fragmentos normativos isolados no primeiro percurso interpretativo da decisão-precedente. Trata-se, assim, de uma *decisão* a ser tomada pelo intérprete; em verdade, uma decisão a respeito de um ponto bastante importante sobre a *abrangência* horizontal reconhecida à regra do *stare decisis* por uma dada teoria de precedentes. Uma opção em prol de limitar a eficácia normativa apenas à norma jurídica geral (premissa maior, normativa) implicada no silogismo que resolve a questão principal do

⁴⁴⁴ Sobre os conceitos de *questão principal* e *questão prévia*, bem assim sobre as relações entre essas questões ver *supra*, Parte II, ponto 2 (em especial, nota 254) e ponto 3.

⁴⁴⁵ Essa é a noção de *ratio decidendi* adotada, por exemplo, por CROSS, RUPERT; HARRIS, JAMES W. *Precedent in English law*. [1961] 4ª edição, Oxford: Oxford University Press, 1991, p. 76: “The *ratio decidendi* of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a 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” (grifou-se).

⁴⁴⁶ Essa é a noção de *ratio decidendi* adotada, por exemplo, por MACCORMICK, NEIL. *Why cases have rationes and what these are*. In: GOLDSTEIN, LAURENCE (org.). *Precedent in law*. Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 156: “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 on which a ruling was necessary to his justification (or one of his alternative justifications) of the decision in the case” (grifou-se).

processo (caso) significa potencialmente desperdiçar um volume significativo de atividade processual e, com isso, potencialmente deixar de atribuir força normativa a pronunciamentos virtualmente capazes de dar unidade sobre o significado do direito relativamente a uma dada questão jurídica (ponto de direito) com interesse geral; reduzindo-se, com isso, a capacidade de o sistema de precedentes dar conta da sua função primordial, que é justamente dar unidade ao direito.

Para utilizar um exemplo hipotético: imagine-se que o Superior Tribunal de Justiça, ao examinar uma determinada controvérsia, tenha que enfrentar questão preliminar que fora objeto de debate desde o início do processo, relativa à competência absoluta do órgão jurisdicional prolator da decisão recorrida, questão essa que, por óbvio, necessariamente deve ser enfrentada antes da análise da questão de mérito da controvérsia; suponha-se, ainda, que o STJ rejeite a exceção, decidindo pela competência, por exemplo, da justiça estadual para analisar aquele determinado tipo de controvérsia. Essa decisão, como é fácil de ver, resolve a questão preliminar, mas não resolve a questão principal do processo (caso). A adoção de uma posição no sentido de restringir o conceito de *ratio decidendi* apenas ao silogismo que resolve a questão principal acabaria por eliminar a possibilidade de que um tal pronunciamento autoritativo sobre uma questão processual como essa, que pode se mostrar importante para dar unidade a respeito do significado do direito relativamente a esse tipo de questão, adquira eficácia de precedente. No entanto, em nosso sistema jurídico, que empresta eficácia normativa *forte* aos precedentes (e não recusa técnicas como o *overruling*, obviamente pelo órgão competente)⁴⁴⁷, não há razão normativa ou conceitual – a não ser uma *ideológica* posição contrária à eficácia normativa forte dos precedentes ou que envide esforços para restringir o âmbito de sua abrangência – para excluir-se preliminarmente a possibilidade desse pronunciamento adquirir força normativa. Daí que se pode concluir que no sistema brasileiro de precedentes a regra do *stare decisis* não exclui a possibilidade de que pronunciamentos autoritativos sobre questões (“*points of law*”) diferentes da questão principal do processo (“*case*”) tenham potencialidade para adquirir eficácia normativa vinculante⁴⁴⁸.

⁴⁴⁷ No direito inglês, por exemplo, ao menos durante os anos compreendidos entre *London Tramways* (1898) e o *Practice Statement* de 1966, em que aos precedentes era reconhecida eficácia normativa fortíssima, vedado o *overruling*, havia fundadas razões para procurar-se técnicas para restringir o âmbito de questões apanhadas pela força normativa avassaladora da eficácia de precedente. Daí o interessado debate sobre essa questão naquele contexto jurídico-cultural. Para uma análise sobre o tema, com citação de caso (*Minister of Health v. The King, ex parte Yaffé* – 1931) em que houve debate sobre questão bastante parecida com a mencionada no exemplo hipotético, ver por todos, CROSS, RUPERT; HARRIS, JAMES W. *Precedent in English law*. [1961] 4ª edição, Oxford: Oxford University Press, 1991, p. 78-80).

⁴⁴⁸ Nesse sentido, exemplificativamente, MARINONI, LUIZ GUILHERME. *Precedentes obrigatórios*. [2010] 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, 186-188: “Já foi demonstrado que a *ratio decidendi*, no âmbito

Uma segunda definição a ser feita é sobre o que se pode chamar de *posição lógica* das razões autoritativas de que se cogita tenham potencialidade para expressar normas gerais com eficácia normativa de precedente. É nesse ponto que pode ser alocado o intenso e frutífero debate levado a cabo sobretudo no contexto jurídico-cultural do *common law*, mormente por autores ligados àquela tradição, a respeito de se as razões autoritativas que podem constituir uma *ratio decidendi* são razões *necessárias*⁴⁴⁹ e/ou *suficientes*⁴⁵⁰. Mais uma vez, trata-se não de reproduzir os principais pontos dessa disputa conceitual, razoavelmente bem conhecidos e que não precisam ser reexaminados fora do nosso contexto, mas de avaliar de que modo ela pode ser importante para a tarefa de identificação da *ratio decidendi* no ambiente do direito brasileiro e como pode servir para a *redução* das causas de indeterminação desse elemento nuclear do precedente⁴⁵¹. Nesse sentido, a noção de *necessidade* das razões, como uma condição para que se lhes reconheça caráter *normativo*, mostra-se, além de útil, essencial para evitar o alastramento indesejado e potencialmente prejudicial da eficácia normativa forte atribuída aos precedentes e – o que é igualmente importante – para coibir a utilização abusiva dessa importante competência normativa reconhecida às Cortes de vértice (ou que assim funcionem), a fim de que não se desestabilize o equilibrado arranjo jurídico-institucional das fontes desenhado considerando as necessidades e as possibilidades do constitucionalismo

do *common law*, é vista como passo suficiente à específica solução dada ao caso. No direito brasileiro contudo, a conformação da *ratio decidendi* não necessita e não deve sofrer igual restrição. O que se espera de um precedente, ou seja, a sua capacidade de estabilizar a compreensão de *questão jurídica* e de assegurar previsibilidade e igualdade, não pode constituir privilégio das soluções definitivas dadas a cada um dos casos. (...) As questões preliminares, necessárias para se chegar à análise do mérito ou do próprio caso, dão origem a decisões que obviamente têm plenas condições de oferecer uma *ratio decidendi*, caracterizando-se como precedentes a serem observados no futuro” (grifou-se); e MITIDIERO, DANIEL. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. [2016] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 83-84: “Ser fiel ao precedente significa respeitar as *razões necessárias e suficientes* empregadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça para solução de determinada *questão* de um caso” (grifos no original).

⁴⁴⁹ Adotando essa posição, ver, exemplificativamente, CROSS, RUPERT; HARRIS, JAMES W. *Precedent in English law*. [1961] 4ª edição, Oxford: Oxford University Press, 1991, p. 76: “The *ratio decidendi* of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a *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” (grifou-se).

⁴⁵⁰ Adotando essa posição, ver, exemplificativamente, MACCORMICK, NEIL. *Why cases have rationes and what these are*. In: GOLDSTEIN, LAURENCE (org.). *Precedent in law*. Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 156: “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 on which a ruling was *necessary* to his justification (or one of his alternative justifications) of the decision in the case” (grifou-se).

⁴⁵¹ Conforme perspicaz comentário de CHIASSONI, PIERLUIGI. *The philosophy of precedent*. In: BUSTAMANTE, THOMAS DA ROSA DE; BERNAL PULIDO, CARLOS (orgs.). *On the philosophy of precedent*. Stuttgart: Franz Steiner, 2012, a análise direcionada à identificação da *ratio decidendi* deve focar em questões que contribuam para a redução da sua indeterminação, “curing the *loose talk* in terms of ‘necessary’ and/or ‘sufficient’ ‘conditions’”, e utilizando esses e outros conceitos já construídos no que sejam efetivamente úteis e pertinentes.

brasileiro. É certo afirmar que razões desnecessárias não fazem precedentes; mas desnecessário para o quê?⁴⁵²

O significado do direito espelha um produto elaborado a partir de critérios⁴⁵³. O primeiro critério ligado à *necessidade* diz respeito à *posição lógica*⁴⁵⁴ da questão na cadeia de silogismos interligados que conduzem ao silogismo principal, que resolve a decisão final. Apenas as razões que formam uma premissa normativa (*N*) de um silogismo que integra necessariamente essa cadeia têm potencial normativo para serem identificadas como *ratio decidendi*⁴⁵⁵. Isso significa que pronunciamentos sobre *questões* cujo enfrentamento não é necessário para a resolução da questão principal não têm aptidão para receberem eficácia de precedente. Assim, por exemplo, manifestações lançadas no corpo da decisão que digam respeito a questões não implicadas no raciocínio decisório, a título de comentários feitos; ou alusões a situações *hipotéticas*, que não estão presentes no caso em consideração, não têm potencialidade normativa – isto é, não têm aptidão para serem identificadas como *ratio decidendi*⁴⁵⁶. A razão para isso é simples e tem firme respaldo no direito positivo infraconstitucional (art. 10, CPC): razões lançadas pela corte em torno de questões não-necessárias ordinariamente não são um produto do *contraditório* processual, mas normalmente são frutos de argumentos utilizados *ad hoc*, sem que se possa deles cogitar; e, além disso, questões não-necessárias normalmente não ensejam um debate argumentativo interessado pelas partes, já que, por sua posição lógica, têm condições significativamente menores de influenciar o desfecho do caso; de modo que, assim sendo, aumentam-se as possibilidades de que a análise de uma questão não-necessária pela Corte não considere todos ou os mais importantes argumentos que a respeito dela podem ser trazidos, fazendo crescer de modo importante a

⁴⁵² “Further, as to ‘necessity’, it is indeed true that unnecessary rulings make no precedents. But unnecessary to what?” (MACCORMICK, NEIL. *Why cases have rationes and what these are*. In: GOLDSTEIN, LAURENCE (org.). *Precedent in law*. Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 179).

⁴⁵³ MARINONI, LUIZ GUILHERME. *O STJ enquanto corte de precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 191.

⁴⁵⁴ CHIASSONI, PIERLUIGI, *The philosophy of precedent*. In: BUSTAMANTE, THOMAS DA ROSA DE; BERNAL PULIDO, CARLOS (orgs.). *On the philosophy of precedent*. Stuttgart: Franz Steiner, 2012, p. 19. Contra, no contexto do *common law*, entendendo que não se trata de necessidade “lógica” ou “causal”, mas necessidade no sentido de algo como o “dever” de decisão, MACCORMICK, NEIL. *Why cases have rationes and what these are*. In: GOLDSTEIN, LAURENCE (org.). *Precedent in law*. Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 180.

⁴⁵⁵ Conforme explica MARINONI, LUIZ GUILHERME. *O STJ enquanto corte de precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 195, “[s]e o passo é necessário, ele é imprescindível, obrigatório (...). Se o caminho é obrigatório, não há como chegar sem passar por ele”.

⁴⁵⁶ Nesse sentido, SUMMERS, ROBERT SAMUEL. *Precedent in the United States (New York State)*. In: MACCORMICK, NEIL; SUMMERS, ROBERT SAMUEL (orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 384-385: “Some parts of an opinion are not formally binding as precedent. This is true of the views or opinions of the court which are *not necessary* to the resolution of the specific issue before the court. This language is called ‘dicta’ and it is generally not binding. (...) The most common type of dicta consists of general statements of the court about issues the court is not really deciding or called on to decide”

possibilidade de que haja um pronunciamento sem maturidade argumentativa suficiente (principalmente, sem coerência) para atrair eficácia de precedente. Daí porque pronunciamentos a respeito desse tipo de questão não têm aptidão para adquirir força *normativa* e, assim, devem ser entendidos como *obiter dicta*⁴⁵⁷ – ressaltando-se que isso não exclui a possibilidade de que a esses pronunciamento se empreste variada (inclusive, importante) força *argumentativa* ou *persuasiva*.

Abre-se aqui um parêntese. Pelas mesmas razões, não deve ser atribuída força *normativa* a enunciados não-decisórios formulados por cortes de vértice (ou que estejam exercendo essa função) fora do exercício da sua competência jurisdicional. Alude-se aqui ao fenômeno recente da produção de documentos não-decisórios (“resoluções”) pelas Cortes de vértice, com aparência normativa destinados a definir em um plano geral e abstrato (isto é, fora de um contexto processual, sem a consideração de casos) questões de direito, notadamente questões de direito processual⁴⁵⁸, que por alguma razão imagina-se tenham potencial para dar origem a controvérsias. Note-se que assim agindo, impulsionadas aparentemente pela boa intenção de resolver antecipadamente potenciais dúvidas interpretativas emergentes de novos documentos normativos de origem legislativa, as Cortes não realizam interpretação *judicial* ou *operativa*, mas verdadeira interpretação *teórica* travestida de interpretação *autêntica*⁴⁵⁹,

⁴⁵⁷ Na tradição do *common law* é comum distinguir entre diversos tipos de *dicta*, que inclusive recebem diferente denominação. Assim, por exemplo, leciona CROSS, RUPERT; HARRIS, JAMES W. *Precedent in English law*. [1961] 4ª edição, Oxford: Oxford University Press, 1991, p. 81: “It would be possible to distinguish between different kinds of *dictum* in a great variety of ways. In the first place, there is an obvious contrast between *dicta* which are irrelevant to the case in which they occur, and those which relate to some collateral issue in that case although they do not form part of the *ratio decidendi*. The term *obiter dicta* is appropriate to the former which often consist of statements made in the course of the argument of a case, while *dicta* relevant to collateral issues are said to be ‘judicial *dicta*’”. Também tratando do tema em termos parecidos, DUXBURY, NEIL. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 68.

⁴⁵⁸ Vejam-se nesse sentido, por exemplo, os sete “enunciados administrativos” sobre direito intertemporal aprovados unanimemente pelo Plenário do STJ pouco antes da data de entrada em vigor do CPC-2015. No “Enunciado administrativo nº 1”, por exemplo, encontra-se uma espécie de “ementa” do documento, em que se anuncia a ocorrência de uma sessão administrativa para interpretação de dispositivos do novo diploma legal, inclusive com a definição da data da sua entrada em vigor: “O Plenário do STJ, em *sessão administrativa* em que se *interpretou* o art. 1.045 do novo Código de Processo Civil, *decidiu*, por unanimidade, que o Código de Processo Civil aprovado pela Lei n. 13.105/2015, entrará em vigor no dia 18 de março de 2016” (grifou-se). De forma análoga, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio do ato denominado “Resolução nº 203/2016”, antecedido de “considerandos” e aprovado pelo seu Órgão Pleno, editou o ato denominado “Instrução Normativa nº 39/2016” contendo dezoito artigos, subdivididos em parágrafos e incisos, seguido de exposição de motivos, e em cuja ementa se lê: “Dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva”.

⁴⁵⁹ Para um rápido exame sobre as distinções entre os diversos tipos de interpretação (em síntese: doutrinária, judicial e autêntica), ver, por todos, GUASTINI, RICCARDO. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 75-79. Basta apenas ressaltar que, conforme esclarece Guastini – e essa é uma ideia difundida –, “Si dice ‘interpretazione giudiziale’ quella compiuta dai giudici *nell’ esercizio della funzione giurisdizionale*. L’interpretazione giudiziale è (...) necessariamente (anche) *interpretazione in concreto*” (grifou-se). Sobre a equiparação entre interpretação judicial e interpretação operativa, ver *supra* (Parte III, ponto 2, nota 399).

destituída do discurso justificativo que é o seu alicerce de legitimidade⁴⁶⁰, o que é algo *sui generis*. Não é difícil concluir que os enunciados produzidos como resultado dessa atuação, que se dá a partir de uma espécie de *competência putativa* autorreconhecida e que destoa completamente do arranjo constitucional das fontes no direito brasileiro, não têm eficácia normativa – o que, reforce-se também aqui, não exclui a importante potencialidade *argumentativa* ou *persuasiva* dos enunciados assim produzidos. De nenhuma forma se trata, no entanto, de precedentes ou de um fenômeno equiparado às *rationes decidendi*. Fecha-se o parênteses.

O segundo critério ligado à *necessidade* diz respeito ao contraditório relativamente às questões necessárias⁴⁶¹. É dizer: pronunciamentos decisórios relativos a questões que sejam *necessárias*, mas que, por alguma razão, tenham surgido *tardamente* no debate processual, apenas perante a Corte de vértice (questões cognoscíveis *ex officio*, por exemplo, mas que não tenham sido previamente suscitadas) e, dessa forma, não tenham sido submetidas ao contraditório e a decisão previamente nas Cortes de justiça que laboraram no exercício da função de resolução de casos (e mesmo que tenham sido oferecidas ao contraditório *tardamente*, arts. 9º e 933, CPC), igualmente não têm aptidão para atrair força normativa de precedente. Note-se bem o que se está dizendo: não se cogita de propor a objeção a que sejam considerados *argumentos* que giram em torno de uma mesma questão já posta à discussão, já que é natural e profícuo que se mantenham abertos os poros do debate para que, por meio deles, possam fluir com certa liberdade alegações e considerações, provindas de todos os participantes do processo, que sejam pertinentes e enriqueçam o debate e a solução da *questão* de direito sobre a qual o foco recai⁴⁶²; trata-se apenas de obstar a que as razões destinadas à resolução de *novas questões* (não novos argumentos), que por alguma razão não tenham sido tratados anteriormente, tenham aptidão para estabelecer precedentes. Essa limitação está alicerçada

⁴⁶⁰ Há uma clara diferença de base de legitimação entre o ato legislativo e o ato jurisdicional. O ponto é bem destacado por MARINONI, LUIZ GUILHERME; ARENHART, SÉRGIO CRUZ; MITIDIÉRO, DANIEL. *Novo curso de processo civil (volume 1): teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 115-116: “(...) o juiz, como agente do poder não legitimado pelo voto, *não pode deixar de justificar as decisões que prolata*. Aliás, não se pode esquecer que, enquanto a decisão legislativa (a lei) expressa o resultado do embate parlamentar, a decisão jurisdicional (...) pode ser tomada apenas por um juiz. A legitimidade da decisão jurisdicional depende não apenas de estar o juiz convencido, mas também de o juiz justificar a racionalidade da sua decisão com base no caso concreto”

⁴⁶¹ Destacando o papel do contraditório na formação do precedente, MARINONI, LUIZ GUILHERME. *Precedentes obrigatórios*. [2010] 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 157; MOTTA, OTÁVIO VERDI. *Justificação da decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 196.

⁴⁶² Nesse sentido é que parece deve ser compreendida a afirmação de MARINONI, LUIZ GUILHERME. *O STJ enquanto corte de precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 201: “Recorde-se que para uma Corte Suprema as alegações das partes importam apenas porque propiciam o enfrentamento da questão de direito; elas não delimitam os fundamentos que podem ser discutidos. Se determinada alegação não foi posta no recurso especial, esta pode ser discutida pela Corte desde que submetida a prévio contraditório entre as partes”.

no mesmo substrato conceitual indicado ao final do penúltimo parágrafo: a falta de um debate prévio bem pensado e estruturado, gestado argumentivamente em tempo e espaço adequados, aumentam o risco de pronunciamentos pouco maduros para merecerem um selo de estabilidade (confiabilidade) próprio à eficácia normativa dos precedentes.

Esses dois critérios, que se ligam à ideia de *necessidade* da questão examinada pelo silogismo normativo cuja premissa maior tem aptidão para transformar-se em *ratio decidendi*, são uma importante salvaguarda que a teoria de precedentes proposta oferece para reduzir as possibilidades de que razões normativas com déficit na justificação externa (argumentativa) adquiram força de precedente. Na verdade, portanto, os critérios ligados à ideia de *necessidade* garantem que apenas seja considerada *ratio* uma proposição que efetivamente foi examinada de modo cuidadoso. Se a proposição é *necessária*, ela obviamente foi examinada, o mesmo não se podendo dizer das que não são necessárias. No fundo, assim, a ideia de *necessidade* é um recurso *instrumental* ao que realmente interessa: a efetiva discussão e consideração pela Corte da questão de direito examinada, requisito que é essencial para que o respectivo enunciado normativo mantenha aptidão de ser reconhecido como *ratio decidendi*.

Uma terceira definição diz com a problemática que deriva da possibilidade – que mercê de diversas causas já tem se mostrado uma realidade consolidada no âmbito do Supremo Tribunal Federal e que, embora de modo bem menos frequente, também ocorre na prática do Superior Tribunal de Justiça – da existência de decisões-precedente (acórdãos) formadas por votos de diferentes ministros com conteúdo diferentes. Trata-se do fenômeno das *decisões plurais*. Decisões plurais distinguem-se de *decisões majoritárias*: enquanto as decisões majoritárias são formadas por uma maioria de votos que concordam com uma conclusão (*C*) que decide o caso (ou uma questão do caso) e também compartilham o(s) mesmo(s) fundamento(s) (*N*), decisões plurais são aquelas em que os votos proferidos pela unanimidade ou a maioria dos julgadores que compõem o colegiado convergem apenas na conclusão, divergindo, entretanto, quanto aos fundamentos, gerando dúvida (indeterminação) sobre a existência de *fundamento(s) compartilhado(s) por uma maioria*⁴⁶³. Por motivos intuitivos e óbvios, relativos a aspectos de competência ligados à organização do sistema judiciário e ao funcionamento de julgamentos colegiados⁴⁶⁴, apenas razões de decidir que contem com o suporte ao menos da maioria dos julgadores que compõem o órgão colegiado podem ser havidos

⁴⁶³ Cf. MARINONI, LUIZ GUILHERME. *Julgamento nas cortes supremas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 39-40. Para uma abordagem do tema na doutrina clássica do *common law*, ver, por todos, CROSS, RUPERT; HARRIS, JAMES W. *Precedent in English law*. [1961] 4ª edição, Oxford: Oxford University Press, 1991, p. 90-95.

⁴⁶⁴ “Ordem dos processos no tribunal”, na linguagem do CPC, artigos 929 a 946.

como manifestações do próprio órgão colegiado (art. 941, CPC) – que é, em realidade, o juiz natural⁴⁶⁵ –, de modo que apenas razões de decidir que tenham o apoio da maioria dos julgadores têm potencialidade para dar lugar a uma *ratio decidendi*. Assim, razões de indeterminação que se relacionam às decisões plurais têm alta capacidade de *bloqueio* da potencialidade normativa da decisão para a formação de precedentes.

Para a identificação de uma *ratio decidendi*, portanto, é necessário eliminar as dúvidas que essa causa de indeterminação gera, reduzindo já nesse primeiro percurso interpretativo os fatores que a ela se ligam. Pode ser – e normalmente é – tarefa muito complexa buscar identificar maiorias em decisões plurais⁴⁶⁶. As causas de indeterminação aqui implicadas são diversas: entre as principais estão os chamados *votos concorrentes* (isto é, votos que convergem com outros votos na conclusão, mas divergem, de modo variado, quanto ao fundamento) e os *votos divergentes* (isto é, votos que divergem de outros votos quanto à conclusão, mas convergem, de modo variado, em relação a fundamentos)⁴⁶⁷. Tratando-se de decisões com conteúdos diferentes, uma decisão definitiva a respeito da existência de uma *ratio decidendi* comum que possa ser obtida a partir de decisões plurais apenas poderá ser tomada após outros exames, próprios a um diferente percurso interpretativo, a serem vistos a seguir. Isso não impede, muito menos dispensa, no entanto, que nesse primeiro percurso interpretativo da decisão para a obtenção do precedente busque-se identificar, a partir do exame dos votos individualmente, a existência de razões que, *prima facie*, aparentam ser compartilhadas por uma maioria. Longe disso, é necessário que esse exame seja realizado para isolar razões que, aparentando serem compartilhadas por uma maioria, mantêm a potencialidade normativa para serem reconhecidas como *ratio decidendi*, conforme o resultado de um novo percurso da análise normativa da decisão-precedente.

⁴⁶⁵ Conforme noção bastante conhecida (por todos, DIDIER JR., FREDIE. *Curso de direito processual civil*. Volume 1 [2003], 17ª edição, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 199), juiz natural é juiz competente.

⁴⁶⁶ Sobre as diversas nuances do problema, MARINONI, LUIZ GUILHERME. *Julgamento nas cortes supremas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, *passim*.

⁴⁶⁷ MARINONI, LUIZ GUILHERME. *Julgamento nas cortes supremas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 39-42. Note-se que, conforme explica Marinoni, o *voto concorrente* distingue-se do *voto majoritário*, porque nesse último é perfeitamente identificável a simples adesão de votos em torno de um mesmo fundamento que conduz à conclusão compartilhada (o melhor exemplo que se pode dar é quando forma-se uma maioria em torno de um voto de relatoria com os demais julgadores simplesmente expressando o seu “de acordo” ou fazendo pequenos comentários em *obiter dictum*). De forma paralela, o *voto divergente* diferencia-se do *voto dissidente*, porque nesse último a discordância é manifestada não como uma contrariedade qualquer, mas como uma dissidência especificamente relativa à *ratio decidendi* em torno da qual se forma a maioria (à exemplo das *dissent opinions* da tradição da *Supreme Court* estadunidense).

Finalmente, deve ser feita referência à prática que é, em largas linhas, própria à tradição do direito brasileiro⁴⁶⁸ e que se tornou mais recorrente a partir da instituição do filtro da repercussão geral para a admissão de recurso extraordinário (art. 102, §3º, CRFB, EC nº 45/2004) e da técnica de julgamento de recursos extraordinários (Lei nº 11.418/2006) e de recursos especiais repetitivos (Lei nº 11.672/2008). Trata-se daquilo que se pode denominar técnica de *enunciação* ou *proclamação* da *ratio decidendi* (*prima facie*). Essa prática, que não é estranha ao *common law*⁴⁶⁹ e que se pode dizer está hoje quase consolidada no âmbito do STF e do STJ, consiste, como o próprio nome que se deu indica, na *enunciação* ou *proclamação*, pela própria Corte formadora do precedente, de qual é, na sua percepção, a *ratio decidendi* que foi estabelecida no julgamento de um dado caso (ou conjunto de casos). Ao valer-se dessa técnica, a corte que firma o precedente declara expressamente que assim o fez e adianta-se para enunciar textualmente o seu conteúdo, pretendendo, com isso, dar conta antecipadamente de boa parte das questões problemáticas relativas à determinação da *ratio decidendi* a partir do texto decisório, tratadas nos diversos parágrafos anteriores, para eliminar as possíveis incertezas que decorram da leitura do julgado e que necessitem ser delibadas por meio do primeiro percurso interpretativo da decisão-precedente, de que até agora se está tratando.

No Brasil, essa prática é desenvolvida de duas formas. A primeira forma é por meio da enunciação da *tese* firmada pela Corte. Essa técnica tem sido muito recorrente (e, aliás, inoportunamente tem ficado restrita praticamente apenas a essa modalidade de julgamento) no julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. Assim, tem se verificado de modo nada infrequente que, após o colegiado debater e definir as questões submetidas a decisão, os julgadores dediquem-se, no momento de cômputo e proclamação do resultado, à tarefa de formular discursivamente, em poucas linhas, de modo separado dos seus votos individualmente tomados, a *tese* jurídica firmada no respectivo julgamento realizado; e não raro tal *tese* tem sido transcrita junto ao resultado ou separadamente na ementa do acórdão⁴⁷⁰. Essa *tese* enunciada nada mais é do que uma proclamação da Corte sobre qual foi, na ótica do colegiado que apreciou

⁴⁶⁸ Com posição contrária a essa afirmação, entendendo de modo verticalmente oposto que esse comportamento por parte das Cortes de precedente “é absolutamente desconhecido na prática do direito brasileiro”, MARINONI, LUIZ GUILHERME. *Julgamento nas cortes supremas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 125.

⁴⁶⁹ Preservadas, claro, as particularidades jurídico-culturais e as práticas próprias daquela tradição. Retratando a existência desse fenômeno no *common law*, ligado à temática relativa à determinação da *ratio decidendi* (problema tratado sob a nomenclatura de “establishing the rule of a precedent”), e diferenciando entre três modelos de aproximação (“minimalist”, “result-centered” e “announcement”) para a identificação da *ratio decidendi*, EISENBERG, MELVIN ARON. *The nature of common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 51-61.

⁴⁷⁰ Essa prática parece refletir, salvo engano, o cerne da recomendação feita com boas razões por MARINONI, LUIZ GUILHERME. *Julgamento nas cortes supremas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 124-135. Daí porque parece destoar da realidade prática atual do STJ e do STF a afirmação do autor transcrita na nota 468, *supra*.

o caso, a *ratio decidendi* do acórdão prolatado. O legislador do Código de Processo Civil reconheceu inequivocamente a existência dessa prática em diversos dispositivos do novo diploma (exemplificativamente, arts. 927, §§2º e 4º; 1.038, §3º; e 1.039; e arts. 311, II; e 1.022, par. único, I).

A segunda forma é essencialmente brasileira e se dá por meio da cunhagem de *súmulas*⁴⁷¹, que não devem ser vistas atualmente⁴⁷² senão como o produto discursivo de uma prática das Cortes brasileiras de buscar condensar e refletir em um enunciado pronunciamentos a respeito do significado do direito feitos no julgamento de casos que, entendeu-se, compartilhavam questões pertencentes a uma mesma classe. As críticas contundentes⁴⁷³ e no mais das vezes justas à utilização desse instrumento pelas cortes de vértice brasileiras têm de servir – pensa-se – para direcionar e adequar o uso que se faz das súmulas, e não resultar, exageradamente, na aniquilação dessa ferramenta importante, com grande potencialidade para auxiliar na prática com precedentes no Brasil. As redações do dispositivo constitucional inserido há pouco mais de uma década para instituir a figura da súmula vinculante (art. 103-A, CRFB), e dos dispositivos que integram a lei que regulou a utilização desse instrumento (Lei nº 11.417/2006) – que mencionam expressamente a possibilidade de edição de súmula “após reiteradas decisões sobre matéria constitucional”, prescrevendo portanto a preservação da inextricável relação do enunciado com as circunstâncias dos casos julgados; e estabelecendo que o enunciado pode ter por objeto “a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia (...) que acarrete grave insegurança jurídica” –, estabelecem importantes diretrizes e limites para o STF (e as recomendações são analogamente replicáveis à própria Corte Suprema e ao STJ para a edição de súmulas não-vinculantes) no exercício dessa competência. É profícuo, também, que o legislador do novo Código tenha intervindo para reafirmar o reconhecimento das súmulas como um instrumento à disposição das Cortes supremas e, ao mesmo tempo, para prescrever práticas adicionais para orientar a sua utilização, prescrevendo a necessidade de o enunciado sumular editado guardar

⁴⁷¹ As considerações feitas nesse parágrafo aplicam-se, de modo geral, tanto às denominadas *súmulas vinculantes*, quanto às súmulas destituídas dessa eficácia expressamente atribuída pela Constituição.

⁴⁷² Sobre as origens da utilização das súmulas, como método de trabalho, LEAL, VICTOR NUNES. *Passado e Futuro da Súmula do STF*. Revista de Direito Administrativo, nº 145, 1981, p. 1-20. Dando conta de uma pretensa *intenção* de que a súmula, na sua origem, tivesse a utilidade de refletir a *ratio decidendi* para fazer valer a regra do *stare decisis*, citando Aliomar Baleeiro, e registrando o fracasso cultural desse intento, ZANETI JR., HERMES. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 192-193.

⁴⁷³ Vejam-se nesse sentido, por exemplo, as considerações críticas de MARINONI, LUIZ GUILHERME. *Julgamento nas cortes supremas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 23; ID., *Precedentes obrigatórios*. [2010] 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 286-288; e MITIDIERO, DANIEL. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. [2016] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 75-81; e p. 89-99; e ZANETI JR., HERMES. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 191-195.

relação com as “circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação” (art. 926, §2º, CPC).

3.2. A segunda causa de indeterminação: equivocidade das razões selecionadas. O segundo percurso interpretativo: dos enunciados normativos (“rationes decidendi prima facie”) à norma do precedente (“ratio decidendi”)

Esses enunciados gerados a partir da prática de proclamação da *ratio decidendi* pela própria Corte de precedentes, e todos os demais fragmentos decisórios recolhidos e preservados após a aplicação das técnicas examinadas nos diversos parágrafos anteriores, ainda não podem ser caracterizados, contudo, como as razões normativas definitivas às quais é reconhecida eficácia de precedente. Recorde-se que parágrafos atrás falou-se em *ratio decidendi* “*prima facie*” e não *ratio decidendi* (*tout court*) para caracterizar o(s) enunciado(s) que resulta(m) dessa atividade interpretativa. Por que motivo não se trata, pura e simplesmente, de as razões que sobreviveram a esse primeiro percurso interpretativo sejam indicadas como “a” *ratio decidendi*? Uma resposta a essa indagação pode ser inicialmente encaminhada do seguinte modo: é possível que o sentido (literal) da *ratio decidendi prima facie* revele-se, ao final dos três percursos interpretativos envolvidos na “interpretação do precedente”, idêntico à *ratio decidendi* “final”⁴⁷⁴. Mas nem sempre será assim. De fato, à causa das possibilidades de indeterminação a seguir exploradas, muitas vezes não será esse o caso e haverá necessidade de *reinterpretar*⁴⁷⁵, com vista à identificação da *ratio decidendi* final, os resultados obtidos no primeiro percurso e que conduziram à *ratio decidendi prima facie*. Desse modo, para permitir uma adequada instrumentalização da teoria e da prática no manejo com precedentes, é necessário contar com outros recursos conceituais e metodológicos e, a partir daí, empregá-los para a solução de importantes causas de indeterminação que permanecem após o primeiro percurso interpretativo. O bom entendimento dessas ideias e a continuação da exposição reclamam que se passe a tratar dos conceitos implicados no segundo percurso interpretativo

⁴⁷⁴ Em um discurso linguisticamente menos rigoroso, poderia falar-se em *ratio decidendi* “real”, *ratio decidendi* “verdadeira” ou *ratio decidendi* “correta” para expressar a ideia referida. Contudo, mercê do comprometimento ideológico dos termos entre aspas com concepções *formalistas* ou ao menos *cognitivistas* da interpretação jurídica, que não são adotadas como ideias de base da análise feita, preferiu-se utilizar a expressão *ratio decidendi* “final”.

⁴⁷⁵ Aludindo a um exercício de reinterpretação, CHIASSONI, PIERLUIGI. *The philosophy of precedent*. In: BUSTAMANTE, THOMAS DA ROSA DE; BERNAL PULIDO, CARLOS (orgs.). *On the philosophy of precedent*. Stuttgart: Franz Steiner, 2012, p. 23. A ideia de reinterpretação (“*rerationalization*”) da *ratio* não é desconhecida no âmbito da tradição do *common law*, cf. EISENBERG, MELVIN ARON. *The nature of common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 52.

envolvido na interpretação dos precedentes, que vai dos fragmentos decisórios isolados a partir da totalidade do texto da decisão e que servem como base de apoio (como enunciados normativos), à adscrição da *ratio decidendi* final, com autoridade normativa.

A doutrina, especialmente os autores ligados à tradição do *common law*, trabalha com diferentes formas de caracterização da *ratio decidendi*, cujo exame é bastante útil para auxiliar a conduzir a abordagem das diferentes temáticas aqui envolvidas. Como visto, a *ratio decidendi* tem por conteúdo *razões normativas* relativas à premissa maior (*N*) do esquema estrutural representativo do silogismo decisório e que serve como instrumento-chave de análise da decisão. Todavia, uma reconstrução analítica da decisão-precedente feita a partir dos enunciados normativos previamente isolados no primeiro percurso e direcionada à identificação da *ratio decidendi* final depende ainda de uma tomada de posição frente a diferentes possibilidades alternativas sobre o modo de expressão da *ratio decidendi*. Notadamente, há que se definir sobre se a *ratio decidendi* é dada:

a) pelas razões autoritativas que a *corte prolatora* da decisão-precedente *declara* ou *acredita* tenham servido como premissa normativa para, à luz dos fatos materiais do caso, chegar à conclusão sobre a questão decidida;

b) pelas razões autoritativas que a *corte prolatora* da decisão-precedente *realmente* utilizou como premissa normativa para, à luz dos fatos materiais do caso, chegar à conclusão sobre a questão decidida;

c) pelas razões autoritativas que a *corte prolatora* da decisão-precedente *deveria ter utilizado* como premissa normativa para, à luz dos fatos materiais do caso, chegar à conclusão sobre a questão decidida.

Mas não é só. Para se ter uma definição, há que se decidir ainda se a *ratio decidendi* é dada:

d) pelas razões autoritativas que *um juiz ou tribunal subsequente* afirma que a corte prolatora da decisão-precedente *declarou* ou *acreditou* tenham servidos como premissa normativa para, à luz dos fatos materiais do caso, chegar à conclusão sobre a questão decidida;

e) pelas razões autoritativas que *um juiz ou tribunal subsequente* afirma que a corte prolatora da decisão-precedente *realmente* utilizou como premissa normativa para, à luz dos fatos materiais do caso, chegar à conclusão sobre a questão decidida;

f) pelas razões autoritativas que *um juiz ou tribunal subsequente* afirma que a corte prolatora da decisão-precedente *deveria ter utilizado* como premissa normativa para, à luz dos fatos materiais do caso, chegar à conclusão sobre a questão decidida⁴⁷⁶.

A tarefa de tomar uma decisão a respeito dessas diferentes formas de caracterização, que permitirá finalmente encaminhar a individualização da *ratio decidendi*, pode ser auxiliada pelo reagrupamento dessas diversas possibilidades a partir dos diferentes tipos de concepções que, combinados de variadas formas, conduzem a essa gama de alternativas.

Primeiro, ressaltai claro o confronto entre formulações de viés *subjetivista*, de um lado, e formulações de viés *objetivista*, de outro. Esses vieses funcionam como polos de atração, como uma reta na qual, em cada extremo, estaria o grau máximo, puro, de cada uma dessas propriedades e, ao longo do espectro formado entre as duas pontas, posições intermediárias, levando a situações mais ou menos influenciadas por esses vieses. Formulações da primeira categoria (v.g., “a”, “c”, “d” e “f”, acima) levam em conta mais a *intenção* (ou presumida intenção) dos juízes que proferiram a decisão-precedente e formularam os fragmentos do texto decisório previamente selecionados para servirem como *ratio decidendi* final; formulações da segunda categoria (v.g., “b” e “e”, acima) apelam mais à visualização e manejo da *ratio decidendi* como um objeto despido de intuitos e, assim, como um fragmento textual do discurso decisório cujo significado e valor devem ser perquiridos sem fazer referências ou dar atenção à intenção (propósitos, crenças), ou presumida intenção, do seu autor.

A distinção entre *rationes decidendi* subjetivistas e objetivistas é relevante pelo seu alto valor argumentativo. De fato, os usos argumentativos que o intérprete do precedente pode fazer a partir desses dois vieses permite propor e defender justificadamente hipóteses que vão desde o caso de uma simples necessidade de reformulação diminuta da *ratio decidendi prima facie*, mercê de algum equívoco gramatical que obscurece a sua compreensão⁴⁷⁷; até o caso mais importante, por exemplo, em que se sustenta que uma determinada enunciação expressa da *ratio decidendi prima facie* (suponha-se, que tenha sido indicada na proclamação do resultado ou na ementa; ou mesmo por meio de enunciado de súmula) é, em verdade, uma *ratio*

⁴⁷⁶ Essas diferentes possibilidades de formulações descritivas, recolhidas na literatura do *common law*, sobre o modo de expressão da *ratio decidendi* são indicadas por MARSHALL, GEOFFREY. *What is binding in a precedent*. In: MACCORMICK, NEIL; SUMMERS, ROBERT SAMUEL (orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997, p. 506-507. Para ao menos outras onze possíveis formulações, ver, por todos, CHIASSONI, PIERLUIGI. *The philosophy of precedent*. In: BUSTAMANTE, THOMAS DA ROSA DE; BERNAL PULIDO, CARLOS (orgs.). *On the philosophy of precedent*. Stuttgart: Franz Steiner, 2012, p. 17-18; e ID., *Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto*. *Analisi e Diritto*, 2004, p. 82-83.

⁴⁷⁷ MACCORMICK, NEIL. *Why cases have rationes and what these are*. In: GOLDSTEIN, LAURENCE (org.). *Precedent in law*. Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 180.

“aparente”, e que a “verdadeira” *ratio* corresponde a uma intenção não formulada dos julgadores, implícita no acórdão ⁴⁷⁸. Esse tipo de análise argumentativa é, assim, metodologicamente importante para, por meio de aplicação de diretrizes interpretativas primárias (por exemplo, diretrizes sistemáticas e finalísticas) aos enunciados (fragmentos decisórios) *relevados* no primeiro percurso interpretativo, propiciar a reformulação da *ratio decidendi prima facie* em face dos elementos textuais e extratextuais, isto é, linguísticos (semântico-sintáticos, conforme expressado nos votos que compõem a decisão) e pragmáticos (fatos do caso, questão jurídica examinada), que formam o substrato de *valoração* colocado à disposição do intérprete e informam a tomada de uma decisão sobre o significado normativo do precedente.

É esse tipo de análise, relativo a esse segundo percurso interpretativo que vai dos enunciados à norma propriamente dita que decorre do precedente, que deve ser empregado para dar conta da reclamação muito comum e reverberada, na doutrina e na prática, sobre o mau-vezo da conduta dos tribunais brasileiros de ditar súmulas com enunciados em grau de abstração excessivo e que criam a aparência de uma regra abstrata que, argumenta-se, em verdade não reflete o debate sobre o significado do direito que efetivamente foi feito pela Corte no(s) caso(s) que lhe deu(deram) origem. Uma “correção” do enunciado sumular que apresente esses defeitos (que não é a norma de precedente definitiva, mas apenas uma *ratio prima facie*) pode e deve ser feita à luz dos casos que deram origem à respectiva súmula. Aliás, diretrizes interpretativas sistemáticas aplicáveis à interpretação do precedente, como a diretriz da consideração do contexto linguístico-pragmático do caso (arts. 489, §3º; e 926, §2º) e os postulados da integridade⁴⁷⁹ e da coerência (art. 926, *caput*), direcionam o intérprete justamente para isso – e são hoje plenamente possíveis e acessíveis ao intérprete, mercê da prática (louvável) das Cortes de vértice brasileira, auxiliadas por órgãos auxiliares de administração a respeito dos quais cada vez mais se tem noção da importância, de não apenas dar publicidade aos seus precedentes, como de organizá-los por questões jurídicas decididas de forma vinculante, com indicação feita em função dos casos que lhes deram origem (art. 927, §5º, CPC).

Anote-se, finalmente, ainda sobre esse ponto, por ser muito ilustrativo, que a doutrina dos *narrowest grounds* da *Supreme Court* estadunidense, a qual muito sinteticamente se pode

⁴⁷⁸ Cf. CHIASSONI, PIERLUIGI. *The philosophy of precedent*. In: BUSTAMANTE, THOMAS DA ROSA DE; BERNAL PULIDO, CARLOS (orgs.). *On the philosophy of precedent*. Stuttgart: Franz Steiner, 2012, p. 19-20; e ID., *Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto*. *Analisi e Diritto*, 2004, p. 86-88.

⁴⁷⁹ O postulado hermenêutico de integridade deve ser entendido não no sentido dworkiniano, mas no sentido de *unidade do direito*, conforme alvitre exposto de maneira muito interessante e perspicaz por DIDIER JR., FREDIE; BRAGA, PAULA SARNO; OLIVEIRA, RAFAEL ALEXANDRIA DE. *Curso de direito processual civil*. Volume 2. [2003] 10ª edição, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 484-486.

conceituar como um método desenvolvido pela prática jurisprudencial daquele país para buscar definir a *ratio decidendi* frente a decisões plurais (votos concorrentes e divergentes)⁴⁸⁰, vale-se de um tipo de argumentação desse tipo.

O passo seguinte dentro desse segundo percurso interpretativo destinado à obtenção da *ratio decidendi* final, feito a partir dos resultados relevados na primeira etapa interpretativa, diz respeito a uma causa de indeterminação relativa à representação concreta do *modus ponens* normativo apropriado à caracterização do precedente interpretado. Especificamente, o exame concerne à *reconstrução* do(s) silogismo(s) decisório(s) para buscar definir balizas sobre o grau da inferência que deverá ser levado em consideração pelo intérprete para a adscrição da *ratio decidendi* final. À luz de todo o aparato conceitual e metodológico até aqui arregimentado, é profícuo esboçar uma definição de *ratio decidendi final*⁴⁸¹ para ajudar a boa compreensão desse passo importante do exame:

uma norma geral, expressa por um enunciado obtido a partir do texto da decisão-precedente ou nele implícita, é uma *ratio decidendi* se, e somente se, essa norma geral é a premissa normativa de um silogismo judicial (*modus ponens*) suficiente para, em conjunto com uma premissa fática, resolver a questão principal do caso ou uma questão necessária para a resolução do caso.

Esse é um conceito já bastante preciso e consistente para a representação das ideias que se propõem a respeito da noção de *ratio decidendi* para o sistema de precedentes brasileiro. O conceito de *obiter dictum*, razões sem força normativa, nessas circunstâncias, é obtido por exclusão: tudo o que não for *ratio decidendi*, não terá força normativa.

Nesse conceito de *ratio decidendi* estão contemplados também dois fenômenos que ainda merecem ser destacados. O primeiro, que é uma consequência natural e profícuo do

⁴⁸⁰ Para um panorama sobre a doutrina dos *narrowest grounds* e os testes para a formulação da *ratio decidendi* que se relacionam a esse método, ver, por todos, MARINONI, LUIZ GUILHERME. *Julgamento nas cortes supremas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 61-89. Na excelente e muito interessante exposição feita, Marinoni narra o denominado “teste Marks”, por meio do qual – em um caso sucessivo (*Greeg vs. Georgia*) relativo a um apenado condenado ao corredor da morte no estado da Geórgia e que sustentava, com base em *Marks*, a inconstitucionalidade das leis daquele estado que tratavam da pena de morte – se chegou à conclusão pela “incorreção” da formulação “aparente” (até então difundida) da *ratio decidendi* em *Marks vs. United States*, que foi então *reconstruída*, para expressar o que se entendeu como a sua formulação “correta”, isto é, que apenas o procedimento legal estabelecido pelas leis da Geórgia para a pena de morte e aplicadas no caso apreciado em *Marks* é que eram inconstitucionais, não a pena de morte em si. Com isso, a Corte chegou à conclusão de que como em *Greeg* tais leis não haviam sido aplicadas, já que haviam sido revogadas e refeitas sem o mesmo vício de inconstitucionalidade, o precedente não seria aplicável, decisão essa que levou à conclusão (e perceba-se onde chegou a argumentação!) pela manutenção da pena de morte a que condenado o recorrente.

⁴⁸¹ Cf. em linhas gerais, CHIASSONI, PIERLUIGI. *The philosophy of precedent*. In: BUSTAMANTE, THOMAS DA ROSA DE; BERNAL PULIDO, CARLOS (orgs.). *On the philosophy of precedent*. Stuttgart: Franz Steiner, 2012, p. 21.

conceito adotado, e não um “problema” a ser eliminado, diz respeito à não exclusão da possibilidade de que uma mesma conclusão decisória (isto é, a atribuição da mesma consequência jurídica) sobre uma determinada questão seja sustentada por mais de um silogismo judicial de *mesmo grau* e passíveis de serem reconstruídos a partir de enunciados obtidos pela análise normativa do texto decisório da decisão-precedente. Quando isso ocorrer, haverá uma pluralidade de *rationes decidendi* convergentes⁴⁸² – fenômeno que decorrerá naturalmente de situações em que há, por exemplo, acolhimento de pedido apoiado em fundamentos cumulados.

3.3. A terceira causa de indeterminação: vagueza da “ratio decidendi”. O terceiro percurso interpretativo: da norma (“ratio decidendi”) ao caso

O segundo fenômeno é mais delicado e diz respeito, enfim, ao terceiro e último percurso interpretativo da decisão-precedente, que vai da norma obtida a partir do *precedent case* ao caso considerado para aplicação (*instant case*)⁴⁸³. Trata-se da invariável circunstância de a estrutura lógica da decisão judicial ser uma *cadeia* de silogismos interconectados para a resolução da *mesma questão*, de um tal modo que a *premissa* normativa geral do silogismo de grau mais baixo (primeiro grau) que resolve a questão em foco é, ao mesmo tempo, a *conclusão* normativa de um silogismo de grau imediatamente superior (segundo grau)⁴⁸⁴. Dessa forma, na estrutura lógica complexa da decisão judicial sobre uma mesma questão é possível identificar silogismos de primeiro grau, segundo grau, terceiro grau ... até o último grau de abstração. Nessa situação, o intérprete depara-se, de um ponto de vista lógico, com múltiplos silogismos representativos da decisão da questão e, assim, com múltiplas formulações de normas gerais, mais ou menos abstratas conforme o grau considerado⁴⁸⁵. Aqui, no entanto, para a definição da *ratio decidendi*, será necessário trabalhar para eliminar as indeterminações decorrentes da concorrência de silogismos de *graus diferentes* para sustentar a mesma decisão sobre a questão,

⁴⁸² CHIASSONI, PIERLUIGI. *The philosophy of precedent*. In: BUSTAMANTE, THOMAS DA ROSA DE; BERNAL PULIDO, CARLOS (orgs.). *On the philosophy of precedent*. Stuttgart: Franz Steiner, 2012, p. 21.

⁴⁸³ Para referir uma eloquente denominação proveniente da tradição do *common law*, cf. SCHAUER, FREDERICK. *Playing by the rules*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 184.

⁴⁸⁴ Essa também uma das bases para o ceticismo de Julius Stones, caracterizando a *ratio decidendi* entre as suas “categories of illusory reference” (cf. comentário feito por MACCORMICK, NEIL. *Why cases have rationes and what these are*. In: GOLDSTEIN, LAURENCE (org.). *Precedent in law*. Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 181).

⁴⁸⁵ CHIASSONI, PIERLUIGI. *The philosophy of precedent*. In: BUSTAMANTE, THOMAS DA ROSA DE; BERNAL PULIDO, CARLOS (orgs.). *On the philosophy of precedent*. Stuttgart: Franz Steiner, 2012, p. 21-22.

a fim de que se defina qual a abrangência (em termos de horizontalidade) dos fenômenos que a norma contempla em seu predicado.

O encaminhamento de uma solução para esse problema passa necessariamente por duas questões. A primeira questão concerne ao *controle de suficiência*⁴⁸⁶, que integra a noção de *ratio decidendi* antes esboçada. Para que possa concretizar-se como a *ratio decidendi* final de uma determinada decisão-precedente, a norma geral tem que funcionar como premissa maior de um silogismo judicial que se situe em um *grau suficiente*, fora dos níveis de concretude e abstração exagerados. É dizer, por aí, que estão excluídas desde logo a norma geral que funciona como premissa normativa do grau mais alto da reconstrução da cadeia de silogismos (norma geral com abstração máxima) e tendencialmente a norma geral implicada como premissa maior do grau mais baixo (norma geral com concretude máxima). Isso porque tanto em um quanto em outro extremo há ocorrências igualmente nefastas das quais não se poderá escapar: de um lado, a norma geral com abstração máxima abandonará o nível mínimo de referibilidade aos *atos materiais*⁴⁸⁷ do caso em que prolatada a decisão-precedente, perdendo completamente o seu núcleo de norma de precedente e, com isso, o signo que lhe dá legitimidade autoritativa; de outro, a norma geral com concreção máxima tem a sua capacidade normativa muitíssimo limitada pela indevida implicação, na representação do *modus ponens* a partir do qual decorre a inferência conclusiva, de uma premissa maior que contempla no seu predicado fenômenos fáticos de pouca relevância, sem capacidade de distinguir, portanto, entre fatos materiais e imateriais⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ A instituição desse critério é inspirada a partir da crítica de MACCORMICK, NEIL. *Why cases have rationes and what these are*. In: GOLDSTEIN, LAURENCE (org.). *Precedent in law*. Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 180.

⁴⁸⁷ Um adequado conceito geral de *atos materiais*, considerando a colaboração oferecida por Arthur Goodhart, pode ser encontrado em MACCORMICK, NEIL. *Why cases have rationes and what these are*. In: GOLDSTEIN, LAURENCE (org.). *Precedent in law*. Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 181: “What makes some facts rather than others be material facts, in the sense of being material to justification of a decision, will be the judge's representing them as facts *because of which* he comes to his decision”.

⁴⁸⁸ O exemplo utilizado por Julius Stone para uma crítica à tese de Goodhart, feito a partir do célebre caso *Donoghue v. Stevenson*, do caracol em decomposição dentro da garrafa opaca de “cerveja” de gengibre e que causou prejuízo à pessoa que ingeriu esse conteúdo, é bem sintetizado por EISENBERG, MELVIN ARON. *The nature of common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 53-54 e serve como um ótimo exemplo dos vários níveis de descrição de um evento (e dos silogismos de vários graus que podem ser a partir daí desenhados): “(...) it would be far from clear what rule the *Donoghue* court adopted, because the various material facts in the case could be characterized at vastly different levels of generality. For example, the vehicle of harm in *Donoghue* could be characterized as an opaque bottle of ginger beer, an opaque bottle of beverage, a bottle of beverage, a container of chattels for human consumption, a chattel, or a thing. The defendant could be characterized as a manufacturer of nationally distributed goods, a manufacturer, a person working on goods for profit, or a person working on goods. The injury could be characterized as a physical personal injury, a physical personal or emotional injury, or an injury”.

Decorre disso que a *ratio decidendi* deverá ser reconstruída a partir da norma geral que funciona como premissa maior do silogismo alocado o mais próximo possível de um *grau ótimo* da cadeia lógica vertical, assim entendido o silogismo em condições de representar o mais adequadamente possível a estrutura decisória capaz de apreender os fatos materiais da questão decidida. Esse será a representação silogística suficiente⁴⁸⁹ por excelência, pois ao mesmo tempo não irá nem além, nem ficará aquém do *suficiente* para a resolução da classe de questões composta pela questão do caso. Evidentemente, como se pode ver, não há uma diretriz metodológica prévia e geral capaz de determinar com precisão absoluta a forma de identificação do silogismo de grau ótimo, mas apenas métodos *argumentativos* de teste-e-erro capazes de diminuir um halo pernicioso, além do inevitável, de indeterminação. Porém, partindo das noções gerais sobre o conteúdo do princípio da segurança jurídica, antes examinadas e delimitadas⁴⁹⁰, inclusive à luz do direito processual civil, isso longe está de representar um grau de insegurança patológico ou insuportável no contexto da atual compreensão argumentativa sobre o direito.

A segunda questão toca a uma outra atividade interpretativa e que está intimamente conectada com o fenômeno visto nos últimos parágrafos, pois também diz respeito à definição da abrangência da *ratio decidendi*. Quando no percurso que vai da norma ao caso considerado para aplicação (*instant case*) há dúvidas sobre se a *ratio decidendi* foi reconstruída adequadamente, é possível tanto lançar mão de técnicas que levem a um retorno ao percurso anterior para que seja reexaminado se o controle de suficiência foi adequadamente realizado, verificando, de um lado, se não houve algum problema de reconstrução da *ratio* de maneira muito restrita, quando será necessário realizar uma *interpretação extensiva*, denominada *extending* ou *loosing*, para que então se analise novamente se o caso em consideração é abrangido pela norma; e, de outro, se ocorreu algum erro que levou a uma reconstrução muito ampla da *ratio*, quando será necessário realizar uma *interpretação restritiva*, denominada *narrowing* ou *downsizing*, para que então se analise novamente se a norma abarca o caso em avaliação⁴⁹¹.

Nessa mesma linha de exames estão técnicas que concernem ao uso de uma *ratio decidendi* que, sabe-se desde logo, não se refere ao caso ou questão em análise. Trata-se da

⁴⁸⁹ Conforme anota MARINONI, LUIZ GUILHERME. *O STJ enquanto corte de precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 195, comentando a conhecida crítica de MacCormick a Cross, suficiente é aquilo que é “*apto* a conduzir ao lugar”.

⁴⁹⁰ Ver *supra*, Parte II, ponto 6.

⁴⁹¹ Cf. CHIASSONI, PIERLUIGI. *The philosophy of precedent*. In: BUSTAMANTE, THOMAS DA ROSA DE; BERNAL PULIDO, CARLOS (orgs.). *On the philosophy of precedent*. Stuttgart: Franz Steiner, 2012, p. 23-24.

hipótese em que se está diante de um caso ou questão ainda sem um precedente que o controle, situação em que uma *ratio decidendi* conhecida, porém referente a outro caso ou questão, poderá ser empregada para uma atividade de raciocínio *analógico*⁴⁹² para propiciar a melhor decisão sobre o significado do direito para o caso ou questão a serem resolvidos. Nessa tarefa, que não é propriamente concernente à interpretação de precedentes – a não ser na definição da *ratio* paradigma e que será apenas *analogicamente utilizada* –, um importante papel será desempenhado pelo postulado da *universalização*⁴⁹³, como o mais rico e adequado parâmetro de correção, considerando os valores do próprio sistema jurídico, para o estabelecimento de um precedente que controle a questão.

Ainda sobre o trilha de ferramentas metodológicas com essa aptidão, há que se fazer um último destaque especial para a muito comentada técnica do *distinguishing*. No ponto, é oportuno acenar à diferenciação entre a técnica concernente à demonstração de que a *ratio decidendi* tomada como referência não deve ser aplicada ao caso em consideração (*instant case*), mercê da circunstância de o caso presente apresentar fatos materiais distintos daqueles considerados pela norma geral à luz das circunstâncias fáticas do precedente paradigma (*precedent case*)⁴⁹⁴, a que se pode chamar *external distinguishing*; e a técnica destinada a demonstrar que uma *ratio decidendi* não deve ser aplicada ao caso em consideração porque, em uma reconstrução cuidadosa à luz, entre outros, do critério de *suficiência*, verifica-se que os fatos materiais abarcados pela norma geral do precedente são de outro *tipo*, diferentes do que inicialmente se concluiu ao adscrever a *ratio decidendi* do precedente paradigma, o que resulta na não aplicação do precedente ao caso. A essa última técnica se pode denominar *internal distinguishing*⁴⁹⁵.

Cumpridos todos os percursos interpretativos, é impossível que a esse ponto se deixe de perceber uma realidade que ressaí óbvia: ao julgador do caso sucessivo, que realiza a análise normativa da decisão-precedente objeto de interpretação, assiste a possibilidade de interpretar

⁴⁹² Sobre o tema, com uma proposta inovadora de compreensão do argumento por analogia, DUARTE D'ALMEIDA, LUÍS; MICHELON, CLÁUDIO. *The structure of arguments by analogy in Law*. [2016] *Argumentation*, vol. 31, nº 2, 2017, p. 359-393

⁴⁹³ Sobre o tema, por todos, MACCORMICK, NEIL. *Legal reasoning and legal theory*. [1978; 1994] Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 100-128; e ID., MACCORMICK, NEIL. *Rhetoric and the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 78-100; e p. 189-213. Ver ainda GASCÓN, MARINA. *Rationality and (self) precedent*. In: BUSTAMANTE, THOMAS DA ROSA DE; BERNAL PULIDO, CARLOS (orgs.). *On the philosophy of precedent*. Stuttgart: Franz Steiner, 2012, p. 35-50.

⁴⁹⁴ Para uma abordagem ampla do tema, na perspectiva do direito brasileiro e com ampla referência à doutrina e à técnica no *common law*, ver, por todos, MARINONI, LUIZ GUILHERME. *Precedentes obrigatórios*. [2010] 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 230-250

⁴⁹⁵ Cf. CHIASSONI, PIERLUIGI. *The philosophy of precedent*. In: BUSTAMANTE, THOMAS DA ROSA DE; BERNAL PULIDO, CARLOS (orgs.). *On the philosophy of precedent*. Stuttgart: Franz Steiner, 2012, p. 24-25.

adscritivamente o precedente, isto é, com relevação, valoração e escolha de significados normativos. Cumprirá ao julgador-intérprete definir, ao menos para o caso em julgamento, o significado da *ratio decidendi* oriunda da decisão-precedente tomada em consideração e que, *prima facie*, obriga normativamente o julgador a segui-la. Isso não significa, todavia, que se deva cair no engano de concepções céticas radicais sobre a natureza totalmente indeterminada das normas originadas de precedentes, ideia essa que resulta na aceitação de qualquer resultado interpretativo a partir da análise normativa de um precedente, o que compromete a aptidão que os precedentes têm para funcionarem como elemento-chave para a conquista da unidade do direito.

Da constatação de que os precedentes podem e devem ser interpretados não decorre a conclusão de que não há parâmetros de controle lógico-argumentativos e intersubjetivamente compartilháveis. Trata-se de um *non sequitur*, já que a interpretação do precedente encontra no mínimo os claros limites auferidos a partir dos critérios retirados da teoria da decisão judicial proposta e aplicados a essa modalidade de análise normativa. São esses critérios que outorgam a possibilidade de que o direito brasileiro, trabalhando a partir de precedentes, possa ser cognoscível, confiável e calculável – em uma palavra, seguro –, com aptidão para a promoção da liberdade e igualdade no nosso contexto jurídico-cultural.

CONCLUSÕES E TESES

Na *primeira parte*, à guisa de evidenciar o contexto jurídico-cultural no qual a tese se insere, procurou-se comprovar a hipótese de que o processo civil brasileiro vive, hoje, definitivamente, um novo paradigma metodológico, fruto do reconhecimento de conquistas obtidas a duras penas e de incorporação crítica desse legado de muitos anos de elaboração científica, mas que representa um novo degrau nessa contínua linha de desenvolvimento. Esse momento distingue-se do *instrumentalismo* e também do *formalismo-valorativo*, que foi o passo seguinte. Em relação a esse último paradigma, a evolução marcadamente importante está na incorporação do discurso próprio da teoria do direito contemporânea à dogmática processual, notadamente das concepções mais atualizadas da interpretação e da argumentação jurídicas, que revolucionaram o modo como se compreende o direito. Demonstrou-se nesse ponto que, após construir os seus institutos básicos e desenvolvê-los, amadurecendo conceitos essenciais ao estabelecimento do processo enquanto objeto de conhecimento (processualismo científico); após abrir o processo para o mundo exterior, recuperando o seu caráter instrumental e inserindo-o na sociedade, para receber os seus mais variados influxos e a eles responder por meio da aplicação dos instrumentos objeto de suas conquistas teóricas (instrumentalismo); após aprofundar a crítica a soluções desatentas para o contexto cultural brasileiro e, com isso, mudar de patamar o âmbito de possibilidades do processo enquanto instrumento de transformação da realidade diante do impacto do Estado Constitucional (formalismo-valorativo), a doutrina brasileira não pode atualmente se furtar ao desafio de colocar a dogmática processual em linha com as conquistas da teoria do direito dos últimos dois quartos de século, especialmente com as concepções antiformalistas da interpretação jurídica, que conduziram a uma resignificação do direito tal como comumente entendido. O novo momento metodológico traz como característica própria a imposição de que as soluções para os problemas do processo civil sejam (re)construídas a partir da incorporação ao menos das noções basilares da interpretação e da argumentação jurídicas, sob pena de agravarem a crise de *legitimidade democrática* que o impacto negativo (há, claro, um impacto positivo) do neoconstitucionalismo proporcionou.

Exposto o pano de fundo que a alimenta, o objeto da tese desenvolveu-se a partir de um tronco (a interpretação da decisão judicial) e de uma ramificação (a *dimensão geral* da tutela jurisdicional, aproximando-se da problemática do *precedente*).

Para isso, a *segunda parte* dedicou-se ao *objeto geral* da tese – a decisão judicial como *objeto* de interpretação. Após deixar claro que, recusada uma concepção formalista da interpretação jurídica, o trabalho optou por seguir as diretrizes de um antiformalismo moderado, expondo as linhas gerais do que isso implica e as vantagens que se pretender auferir, buscou-se comprovar ao menos as seguintes hipóteses principais: (a) as decisões judiciais em geral são documentos normativos que sofrem de um problema de *tríplice indeterminação* (limitada potencialidade normativa, equívocidade e vagueza), que se apresenta em *três dimensões* (respectivamente, nos percursos que vão do texto decisório ao enunciado normativo; do enunciado normativo, à norma; e da norma ao caso) e pode ser reduzido por meio da interpretação; (b) em função disso, as decisões judiciais estão *sempre* (e não contingentemente) sujeitas à interpretação (e são, portanto, *objeto* de interpretação); (c) a interpretação da decisão ligada à dimensão particular da tutela jurisdicional conduz à identificação da norma individual, inclusive aquela passível de ser acobertada pela coisa julgada (isto é, a definição daquilo que foi tornado imutável e indiscutível para as partes do processo); (d) a interpretação da decisão ligada à dimensão geral da tutela jurisdicional conduz à identificação da norma geral, inclusive aquela passível de projetar eficácia normativa de precedente (isto é, a definição do significado do direito diante de uma dada questão jurídica); (e) tanto a norma individual quanto a norma geral que potencialmente ressaem de uma decisão judicial não são simples *dados* extraídos, descobertos ou declarados pelo intérprete *da* decisão judicial, mas *significados adscritos* pelo intérprete *à* decisão judicial, *após* a interpretação, sendo o *produto* dessa *atividade*; (f) a interpretação das decisões é desenvolvida em um ambiente que respira um novo conceito de segurança jurídica, necessário à compreensão do ferramental com que trabalha.

Na *terceira parte*, o foco foi colocado no objeto específico da tese, a fim de trabalhar a interpretação do precedente. Aqui foram abordados os problemas ligados à identificação do precedente, aplicando os conceitos e instrumentos relativos à tripla indeterminação das decisões para propor a reconstrução da forma de abordagem de alguns dos mais importantes tópicos relativos à metodologia de uma teoria dos precedentes. Nesse momento, procurou-se comprovar ao menos as seguintes hipóteses: (a) uma teoria dos precedentes torna-se realmente necessária em um contexto jurídico-social em cujo arranjo das fontes os precedentes tenham força normativa; (b) no direito brasileiro, vige a regra do *stare decisis* e os precedentes têm eficácia normativa forte, em função de razões ligadas à necessidade dos precedentes para dar unidade ao direito, promovendo a segurança jurídica e, por meio dela, a liberdade e a igualdade; e têm força normativa forte por assim estar expressamente previsto no direito positivo brasileiro; (c)

vigendo a regra do *stare decisis* com eficácia normativa forte, ganha força o interesse na estruturação de um aparato conceitual capaz de instrumentalizar a teoria e a prática jurídicas para lidar com as principais questões técnicas implicadas no raciocínio jurídico-decisório com precedentes no contexto cultural e positivo do nosso processo civil; (d) a principal razão para isso decorre da preocupação e cuidado que há de se ter para que não se expanda ou restrinja indevidamente, no plano horizontal da cognição, a força normativa a questões que, respectivamente, deveriam ou não deveriam ter eficácia de precedente; (e) é necessária uma atividade *lato sensu* interpretativa, que tem que ser capaz de lidar com o problema da tríplice indeterminação das decisões judiciais, para dar conta desses problemas; (f) as propostas apresentadas na Parte II do trabalho para a construção de uma teoria antiformalista moderada sobre a interpretação das decisões judiciais são capazes de dar conta desse problema por meio de três percursos interpretativos, a partir de uma metodologia interpretativa antiformalista moderada para a interpretação dos precedentes no processo civil brasileiro; (g) a aplicação dessa metodologia para a adscrição da *ratio decidendi* rende frutos não desprezíveis.

Para isso, nessa terceira parte ainda, cuidou-se da primeira causa de interminação (a limitada potencialidade normativa das decisões) aplicando os métodos próprios do primeiro percurso interpretativo, que vai do texto decisório aos enunciados normativos da decisão, destinado a relevar os possíveis significados da *ratio decidendi* (“*ratio decidendi prima facie*”). Aqui se definiu que apenas têm potencialidade normativa para tornarem-se *ratio decidendi* as decisões prolatadas por cortes (por seus diversos órgãos) *funcionando* como cortes de precedente, denominando-se essas decisões de *decisão-precedente*; que o esquema metodológico básico para a identificação da *ratio prima facie* é do silogismo judicial simples, um *modus ponens* normativo, já que a *ratio decidendi prima facie* identifica-se com as razões normativas que funcionam como premissa normativa do silogismo; que além das razões normativas vinculadas ao silogismo que resolve a questão principal, todas as razões normativas destinadas a resolver questões *necessárias* a resolução da questão principal e que foram submetidas ao contraditório forte mantêm potencialidade normativa; que apenas razões decisórias que contam com a provação de ao menos uma maioria do colegiado mantêm a potencialidade normativa; que, em caso de decisões plurais, mantém-se a potencialidade normativa de decisões que de fato são ou podem se revelar majoritários (votos concorrentes e divergentes); que as teses enunciadas com a proclamação do resultado ou na ementa da decisão e aprovadas pela maioria do colegiado, bem assim os enunciados de súmula, são *ratio decidendi prima facie*.

Cuidou-se, em seguida, da segunda causa de interminação (a equivocidade da *ratio decidendi prima facie*) aplicando os métodos próprios do segundo percurso interpretativo, que vai do dos enunciados normativos da decisão (“*rationes prima facie*”) à norma de precedente (“*ratio decidendi*”). Aqui se viu que as diversas concepções sobre diretrizes interpretativas primárias concorrem para gerar equivocidade e devem ser resolvidas à luz de elementos semântico-sintáticos e pragmáticos auferidos do próprio caso; que a escolha de diretrizes interpretativas deve ser informada por controles argumentativos e devidamente justificada; que, como resultado, pode haver – e frequentemente haverá – a modificação do significado normativo da *ratio decidendi prima facie*, inclusive eliminando-se opções de significado que não ultrapassaram os controles argumentativos

Propôs-se, assim, um conceito de *ratio decidendi*: “uma norma geral, expressa por um enunciado obtido a partir do texto da decisão-precedente ou nele implícita, é uma *ratio decidendi* se, e somente se, essa norma geral é a premissa normativa de um silogismo judicial (*modus ponens*) suficiente para, em conjunto com uma premissa fática, resolver a questão principal do caso ou uma questão necessária para a resolução do caso”.

Cuidou-se, por fim, de uma terceira causa de indeterminação, relativa à vagueza da *ratio decidendi*, aplicando os métodos próprios do terceiro percurso interpretativo, que vai do da norma (“*ratio decidendi*”) ao caso. Trabalhou-se, nesse ponto, especialmente o critério de *suficiência* como o elemento fulcral para a calibragem da *ratio decidendi* relativamente aos fatos materiais do caso; a partir daí, trabalharam-se brevemente algumas técnicas ligadas a esse terceiro percurso interpretativo, como as interpretações extensiva e restritiva e o *distinguishing* interno e externo.

BIBLIOGRAFIA

AARNIO, AULIS. *The systematization and interpretation of statutes. Some thoughts on theoretical and practical legal science*. In: WITGENS, LUC J. (org.). *The Law in Philosophical Perspectives*. Dordrecht: Springer, 1999, p. 10.

ABREU, RAFAEL SIRANGELO DE. *Igualdade e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, NICETO. [1906-1985] *Momentos, figuras, preocupaciones y tendencias del procesalismo italiano*. (1963) In: ID., *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. México: UNAM, 1974.

_____. *Evolución de la doctrina procesal*. [1949] In: ID., *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. México: UNAM, 1974.

_____. *La escuela procesal de San Pablo*. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1956.

_____. *Adolf Wach (1843 - 1926)*. In: WACH, ADOLF. *Manual de derecho procesal civil*. (1ª ed.: 1885) Volume 1, Buenos Aires: E.J.E.A., 1977.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. [1942-2013] *Do formalismo no processo civil*. [1997] 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais*. Revista da AJURIS, nº 87. Porto Alegre, 2002.

_____. *Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica*. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, nº 21. Porto Alegre: Magister, 2007.

_____. *A garantia do contraditório*. Gênesis Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, nº 10. Curitiba: Gênesis, 1998.

_____. *O juiz e o princípio do contraditório*. Revista de Processo, nº 71. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. *Poderes do juiz e visão cooperativa do processo*. Revista da AJURIS, nº 90. Porto Alegre, 2003.

_____. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*. Revista de processo, nº 137. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

AMARAL, GUILHERME RIZZO. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Trabalhando com precedentes: o caso do suicídio involuntário e do contrato de seguro*. Revista de Processo, nº 262. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *Judicial precedent and arbitration – are arbitrators bound by judicial precedents? A comparative study of UK, US and Brazilian Law and practice*. London: Wildy, Simmonds & Hill, 2017.

ARENHART, SÉRGIO CRUZ. *A tutela inibitória da vida privada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Perfis da tutela inibitória coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ARRUDA ALVIM, TERESA. *Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law*. Revista de Processo, nº 172. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

AUSTIN, JOHN LANGSHAW. [1911-1960] *How to do things with words*. [1955] Oxford: Oxford University Press, 1962.

ÁVILA, HUMBERTO. *Teoria dos princípios*. [2003] 16ª edição, São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. *Segurança jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Subsunção e concreção na aplicação do direito*. In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, ANTÔNIO PAULO (org.). *Faculdade de direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

_____. “Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência””. [2008] *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, nº 17. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2009.

_____. *Função da Ciência do Direito Tributário: do formalismo epistemológico ao estruturalismo argumentativo*. *Revista Direito Tributário Atual*, nº 29. São Paulo: IBDT/Dialética, 2013.

_____. *Ciência do direito tributário e discussão crítica*. *Revista Direito Tributário Atual*, nº 32. São Paulo: IBDT/Dialética, 2014.

BANKOWSKI, ZENON; MACCORMICK, NEIL; MORAWSKI, LECH; RUÍZ MIGUEL, ALFONSO. *Rationales for precedents*. In: MACCORMICK, NEIL; SUMMERS, ROBERT SAMUEL (orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997.

BAPTISTA DA SILVA, OVÍDIO ARAÚJO. [1929-2009] *Eficácias da sentença e coisa julgada*. In: ID., *Sentença e coisa julgada*. [1979] 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. (1ª ed.: 1996) 3ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Processo e ideologia*. [2004] 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Curso de processo civil*. Volume 1. [1987] 7ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Curso de processo civil*. Volume 2. [1993] 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BARBERIS, MAURO. *Genoa's realism: a guide for the perplexed*. Revista Brasileira de Filosofia, nº 240. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS. [1931-2017] *Item do pedido sobre o qual não houve decisão. Possibilidade de reiteração noutra processo*. [1978] In: ID., *Temas de direito processual*, 2ª Série. [1980] 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. *O que deve e o que não deve figurar em uma sentença*. [1999] In: ID., *Temas de direito processual*, 8ª Série. São Paulo: Saraiva, 2004.

BEDAQUE, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS. *Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?* In: BEDAQUE, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS; CINTRA, LIA CAROLINA BATISTA; EID, ELIE PIERRE (orgs.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

BERTEA, Stefano. *Certeza del diritto e argomentazione giuridica*. Soveria Manelli: Rubbettino, 2002.

BETTI, EMILIO. [1890-1968] *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1949.

BIX, BRIAN. *Diccionario de teoría jurídica*. [2004] México: UNAM, 2009. Tradução de Enrique Rodríguez Trujano e Pedro A. Villarreal Lizárraga.

BOBBIO, NORBERTO. [1909-2004] *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. [1961] São Paulo: Ícone, 1995. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos Rodrigues.

BUSTAMANTE, THOMAS DA ROSA DE. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012.

BUZAID, ALFREDO. [1914-1991] *Introdução*. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Volume I, 2ª edição. São Paulo: 1965.

_____. *A ação declaratória no processo civil brasileiro*. [1943] 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. *Do agravo de petição no sistema do Código de Processo Civil*. [1945] 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 1956.

_____. *Anteprojeto de Código de Processo Civil – Exposição de motivos*. Rio de Janeiro, 1964.

CABRAL, ANTONIO DO PASSO. *Coisa julgada e preclusões dinâmicas*. Salvador: JusPodivm, 2013.

CANNARIS, CLAUS-WILHELM. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. [1969] Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. Tradução de António Menezes Cordeiro da 2ª edição alemã (1983).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. [1997] 7ª edição, Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, MAURO. [1927-2004] *Processo e ideologie*. Bologna: Il Mulino, 1969.

CARNELUTTI, FRANCESCO. [1879-1965] *Giuseppe Chiovenda*. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, volume XIV. Padova: CEDAM, 1937.

_____. *Lezioni di diritto processuale civile*. Volume 4. Padova: CEDAM, 1930.

CARPES, ARTUR THOMPSEN. *Ônus Dinâmico da Prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CHIASSONI, PIERLUIGI. *La giurisprudenza civile*. Milano: Giuffrè, 1999.

_____. *Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto*. Analisi e Diritto, 2004.

_____. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007.

_____. *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 2009.

_____. *Positivismo giuridico*. Modena: Mucchi, 2013.

_____. *The philosophy of precedent*. In: BUSTAMANTE, THOMAS DA ROSA DE; BERNAL PULIDO, CARLOS (orgs.). *On the philosophy of precedent*. Stuttgart: Franz Steiner, 2012.

CHIOVENDA, GIUSEPPE. [1872-1937] *Principii di diritto processuale civile*. [1906] 3ª edição, Napoli: Jovene, 1923 (rist. 1965).

_____. *Instituições de direito processual civil*. [1933] Volume I, 2ª edição. São Paulo: 1965.

_____. *Instituições de direito processual civil*. [1933] Volume III, 2ª edição. São Paulo: 1965.

_____. *L'azione nel sistema dei diritti*. [1903]. In: ID., *Saggi di diritto processuale civile*. Volume 1º, Milano: Giuffrè, 1993.

_____. *Del sistema negli studi del processo civile*. [1908]. In: ID., *Saggi di diritto processuale civile*. Volume 1º, Milano: Giuffrè, 1993.

_____. *Adolfo Wach*. [1926]. In: ID., *Saggi di diritto processuale civile*. Volume 1º, Milano: Giuffrè, 1993.

COHEN-KOPLIN, KLAUS. *Tutela jurisdicional mandamental*. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), 2008.

_____. *O novo CPC e os direitos fundamentais processuais: uma visão geral, com destaque para o direito ao contraditório*. [2015] Disponível em https://www.academia.edu/11854909/O_novo_CPC_e_os_direitos_fundamentais_processuais, consulta em 03.08.2015.

CROSS, RUPERT [1912-1980]; HARRIS, JAMES W.. [1940-2004] *Precedent in English law*. [1961] 4ª edição, Oxford: Oxford University Press, 1991.

CRUZE TUCCI, JOSÉ ROGÉRIO. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Parâmetros de eficácia e critérios de interpretação do precedente judicial*. In: ARRUDA ALVIM, TERESA (org.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil – arts. 485 ao 538*. Volume 8. São Paulo: Revista dos Tribunais.

DICIOTTI, ENRICO. *L'ambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativo*. Working Paper nº 45. Siena: Università degli Studi di Siena, 2003. Disponível em <https://www.dispi.unisi.it/sites/st06/files/allegatiparagrafo/22-05-2013/wp45.pdf>, consulta em 04.12.2017.

DIDIER JR., FREDIE. *Curso de direito processual civil*. Volume 1 [2003], 17ª edição, Salvador: JusPodivm, 2015.

_____. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

DIDIER JR., FREDIE; BRAGA, PAULA SARNO; OLIVEIRA, RAFAEL ALEXANDRIA DE. *Curso de direito processual civil*. Volume 2. [2003] 10ª edição, Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., FREDIE; BOMFIM, DANIELA SANTOS. *Comportamento da parte e interpretação da coisa julgada: o caso do Campeonato Brasileiro de Futebol de 1987*. In: ID., *Pareceres*. Salvador: JusPodivm, 2014.

DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. *A formação do moderno processo civil brasileiro (uma homenagem a Enrico Tullio Liebman)*. [1977]. In: ID., *Fundamentos do processo civil moderno*. Tomo I. 5ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *O conceito de mérito em processo civil*. Revista de Processo, nº 34. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

_____. *Liebman e a cultura processual brasileira*. Revista de Processo, nº 119. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Volume I. [2001] 6ª edição, São Paulo: Malheiros, 2009.

DORIA, ROGÉRIA DOTTI. *A tutela antecipada em relação à parte incontroversa da demanda*. [2000] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DUARTE D'ALMEIDA, LUÍS; MICHELON, CLÁUDIO. *The structure of arguments by analogy in Law*. [2016] *Argumentation*, vol. 31, nº 2, 2017, p. 385-386.

DUXBURY, NEIL. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, RONALD. [1931-2013] *The model of rules*. [1967] In: ID., *Taking rights seriously* [1977]. Cambridge: Harvard University Press.

EISENBERG, MELVIN ARON. *The nature of common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

EVANS, JIM. *Change in the Doctrine of Precedent during the Nineteenth century*. In: GOLDSTEIN, LAURENCE (org.). *Precedent in law*. Oxford: Oxford University Press, 1987.

FELLMETH, AARON X.; HORWITZ, MAURICE. *Guide to Latin in International Law*. [2009] Oxford: Oxford University Press. Disponível em <http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780195369380.001.0001/acref-9780195369380-e-2079>, consulta em 23.01.2017.

FERRAJOLI, LUIGI. *Principia iuris*. [2007] Madrid: Trotta, 2011. Tradução de Juan Carlos Bayón Mohino, Marina Gascón Abellán e Luis Prieto Sanchís.

FERRER BELTRÁN, JORDI. *El gen iusrealista de Michele Taruffo: la teoria del precedente judicial*. [2015] Disponível em http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/2015_jordi-ferrer.pdf, consulta em 17.01.2018.

FERRER BELTRÁN, JORDI; RODRÍGUEZ, JORGE LUIZ. *Sobre dinámica jurídica y jerarquias normativas: algunas respuestas a los críticos*. *Análisi e Diritto*, nº 95, 2013.

FLACH, DAISSON. *A verossimilhança no processo civil e sua aplicação prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FRIAS, JORGE EUSTÁCIO DA SILVA. *Interpretação da sentença cível*. Curitiba: Juruá, 2016.

GASCÓN, MARINA. *Rationality and (self) precedent*. In: BUSTAMANTE, THOMAS DA ROSA DE; BERNAL PULIDO, CARLOS (orgs.). *On the philosophy of precedent*. Stuttgart: Franz Steiner, 2012.

GRAU, EROS ROBERTO. *Por que tenho medo dos juízes*. [2002] 8ª edição (refundida de *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*), São Paulo: Malheiros, 2017.

GUASTINI, RICCARDO. *Dalle fonti alle norme*. [1990] 2ª edição, Torino: Giappichelli, 1992.

_____. *L'Interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè, 2004.

_____. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.

_____. *La sintassi del diritto*. Torino: Giappichelli, 2011.

HART, HERBERT LIONEL ADOLPHUS. [1907-1992] *The concept of law*. [1961] 2ª edição, Oxford: Clarendon, 1994.

_____. *American jurisprudence through English eyes: the nightmare and the noble dream*. *Georgia Law Review*, .ol. 11, nº 5, 1977.

HOPKINS, JAMES D. [1912-1996] *Fictions and the judicial process: a preliminary theory of decision*. *Brooklyn Law Review*, vol. 34, nº 1, 1966.

JOBIM, MARCO FÉLIX. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. [2011] 3ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado.

JUST, GUSTAVO. *Interpretando as teorias da interpretação*. São Paulo: Saraiva, 2014.

KELSEN, HANS. [1881-1973] *Teoria pura do direito*. [1934; 1960] 8ª edição, São Paulo: Martins Fontes, 2009. Tradução de João Baptista Machado da 2ª edição alemã (1960).

_____. *Pure theory of law*. New Jersey: The Law Book Exchange, 2005. Tradução de Max Knight da 2ª edição alemã (1960).

_____. *Essays in legal and moral philosophy*. Dordrecht: D. Reidel, 1973.
Tradução de Peter Heath.

KEMMERICH, CLÓVIS. *Sentença obscura e trânsito em julgado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LACERDA, GALENO. [1921-2012] *Despacho saneador*. Porto Alegre: La Salle, 1953

_____. *Processo e cultura*. Revista de Direito Processual Civil, Volume III, São Paulo: Saraiva, 1961.

_____. *O código e o formalismo processual*. Revista da AJURIS, nº 28. Porto Alegre, 1983.

LANES, JÚLIO CÉSAR GOULART. *Fato e direito no processo civil cooperativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LARENZ, KARL. [1903-1993] *Metodologia da ciência do direito*. [1960] 3ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gukbenkian, 1997. Tradução de José Lamago da 6ª edição alemã (1991).

LIEBMAN, ENRICO TULLIO. [1903-1986] *Efficacia ed autorità della sentenza*. [1935] Milano: Giuffrè, 1962.

_____. *Embargos do Executado*. [1936] 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1968.
Tradução de José Guimarães Menegale da 2ª edição italiana.

_____. *Execução e ação executiva*. [1943] Tradução de Vitor Nunes Leal. In: ID., *Estudos sobre o processo civil brasileiro*. 2ª edição, São Paulo: José Bushatsky, 1976.

_____. *Instituti del diritto comune nel processo civile brasiliano*. [1948] In: ID., *Problemi del processo civile*. Napoli: Morano, 1962.

MACCORMICK, NEIL. [1941-2009] *Rhetoric and the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

_____. *Legal reasoning and legal theory*. [1978; 1994] Oxford: Oxford University Press, 2003.

_____. *Why cases have rationes and what these are*. In: GOLDSTEIN, Laurence (org.). *Precedent in law*. Oxford: Oxford University Press, 1987.

MACCORMICK, NEIL; SUMMERS, ROBERT SAMUEL (orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study* Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997.

MACÊDO, LUCAS BURIL DE. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. [2015] 2ª edição, Salvador: JusPodivm, 2017.

MARANHÃO, JULIANO. *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

MARINONI, LUIZ GUILHERME. *O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. *Gênese Revista de Direito Processual Civil*, nº 28. Curitiba: Gênese, 2003.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Tutela inibitória*. [1998] 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Teoria geral do processo*. [2006] 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *O direito à adequada tutela jurisdicional. O caso da proibição da concessão das liminares e da execução provisória da sentença nas ações cautelares e no mandado de segurança*. Revista dos Tribunais, nº 661. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. *A técnica da cognição e a construção de procedimentos adequados à tutelados direitos*. Revista Forense, nº 325. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. *Tutela inibitória: a tutela de prevenção do ilícito*. Revista Gênese de Direito Processual Civil, nº 2. Curitiba: Gênese, 1996.

_____. *Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil*. Revista de Processo, nº 172. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Precedentes obrigatórios*. [2010] 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *O STJ enquanto corte de precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *A ética dos precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Julgamento nas cortes supremas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, LUIZ GUILHERME; MITIDIERO, DANIEL. *Ação rescisória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, LUIZ GUILHERME; ARENHART, SÉRGIO CRUZ; MITIDIERO, DANIEL. *Novo curso de processo civil (volume 1): teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Novo curso de processo civil (volume 2): tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Novo curso de processo civil (volume 3): tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, LUIZ GUILHERME; ARENHART, SÉRGIO CRUZ; MITIDIERO, DANIEL. *Novo Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARMOR, ANDREI. *Interpretation and legal theory*. [1992] 2ª edição, Portland: Hart Publishing, 2005.

MARSHALL, GEOFFREY. [1929-2003] *What is binding in a precedent*. In: MACCORMICK, NEIL; SUMMERS, ROBERT SAMUEL (orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997.

MARTINS-COSTA, JUDITH. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MATTOS, SÉRGIO LUÍS WETZEL DE. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MAXIMILIANO, CARLOS. [1873-1960] *Hermenêutica e aplicação do direito*. [1924] 19ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MEIRELLES, HELY LOPES. [1917-1990] *Direito administrativo brasileiro*. [1964] 42ª edição (em coautoria com José Emmanuel Burle Filho), São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, CLÁUDIO ARI. *Interpretação jurídica e dever de fundamentação das decisões judiciais no novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo, nº 255. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MICHELON, CLÁUDIO. *Princípios e coerência na argumentação jurídica*. In: MACEDO JR., RONALDO PORTO; BARBIERI, CATARINA HELENA CORTADA (orgs.). *Direito e interpretação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MITIDIERO, DANIEL. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *O processualismo e a formação do Código Buzaid*. Revista de Processo, nº 183. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *As relações entre o processo civil e a Constituição na primeira metade do século XX e sua breve evolução na doutrina processual civil brasileira*. Revista dos Tribunais, volume 915, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Cortes superiores e cortes supremas*. [2013] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Colaboração no processo civil*. [2009] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Colaboração no processo civil*. [2009] 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. [2016] 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MOTTA, OTÁVIO VERDI. *Justificação da decisão judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, PAULO MENDES. *Coisa julgada e precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PAULA RAMOS, VITOR DE. *Ônus da prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PECZENICK, ALEKSANDER. [1937-2005] *The binding force of precedent*. In: MACCORMICK, NEIL; SUMMERS, ROBERT SAMUEL (orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997.

PEREIRA, CARLOS FREDERICO BASTOS. *O controle da decisão judicial no processo civil: a contribuição da hermenêutica e da analítica para um modelo de fundamentação adequado ao paradigma da linguagem*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), 2017.

PEREIRA, PAULA PESSOA. *Legitimidade dos precedentes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PERELMAN, CHAÏM; [1912-1984] OLBRECHTS-TYTECA, LUCIE. [1899-1987] *Tratado da argumentação: a nova retórica*. [1958] São Paulo: Martins Fontes, 2005. Tradução de Maria Emantina de Almeida Prado Galvão da 6ª edição alemã (1991).

PINO, GIORGIO. *Interpretazione e “crisi” delle fonti*. Modena: Mucchi, 2014.

POZZOLO, SUSANA. *Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional*. *Doxa - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 21-II. Alicante: Universidad de

Alicante, 1998. Disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcbk215>, consulta em 01.11.2017.

ROCCO, ALFREDO. [1875-1935] *La sentenza civile*, Torino: Fratelli Bocca, 1906.

RUBIN, FERNANDO. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, INGO WOLFGANG; MARINONI, LUIZ GUILHERME; MITIDIERO, DANIEL. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, DANIEL. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades*. [2009] Disponível em <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/16-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>, consulta em 01.11.2017.

SCARPARO, EDUARDO. *As invalidades processuais na perspectiva do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SCHAUER, FREDERICK. *Formalism*. The Yale Law Journal, vol. 97, nº 4, 1988.

_____. *Playing by the rules*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

SCHMITZ, LEONARD ZIESEMER. *Fundamentação das decisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SOUZA JUNIOR, CÉSAR SALDANHA. *A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos*. Porto Alegre, 2002.

STRECK, LENIO LUIZ; ABOUD, GEORGES. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes*. [2013] 3ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STONE, MARTIN. *Formalism*. In: COLEMAN, JULES; SCHAPIRO, SCOTT (orgs.). *The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

SUMMERS, ROBERT SAMUEL. *Precedent in the United States (New York State)*. In: MACCORMICK, NEIL; SUMMERS, ROBERT SAMUEL (orgs.). *Interpreting precedents: a comparative study*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, 1997.

TARELLO, GIOVANNI. [1934-1987] *Formalismo giuridico*. In: ID., *Diritto, enunciati, usi – studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1974.

_____. *Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione*. In: ID., *Diritto, enunciati, usi – studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1974.

_____. *Il "problema dell'interpretazione": una formulazione ambigua*. In: ID., *Diritto, enunciati, usi – studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1974.

_____. *La escuela de la exégesis y su difusión en Italia*. [1969] In: ID. *Cultura jurídica y política del derecho*. (1988) Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1995. Tradução de Isidro Rosas Alvarado.

_____. *L'Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980.

TARUFFO, MICHELE. *La motivazione della sentenza civile*. Padova: CEDAM, 1975.

_____. *La giustizia civile in Italia dal 700 a oggi*. Bologna: Il Mulino, 1980.

_____. *Il controllo sulla motivazione della sentenza civile*. In: ID., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991.

_____. *Il controllo del diritto e del fatto in cassazione*. In: ID., *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991.

_____. *Idee per una teoria della decisione giusta*. [1997] In: ID., *Sui confini: scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002.

_____. *Il fatto e l'interpretazione*. [2009] Revista de Processo, n° 227. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Dimensioni del precedente giudiziario*. Rivista Trimestrale di Diritto Processual, n° 2. Milano: Giuffrè, 1994.

_____. *Precedente e giurisprudenza*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

VIEHWEG, THEODOR. [1907-1988] *Tópica e jurisprudência*. [1954] Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. Tradução de Kelly Susane Alflen da Silva da 5ª edição alemã (1974).

VILLA, VITTORIO. *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione*. Torino: Giappichelli, 2012.

VILLEY, MICHEL. [1914-1988] *A formação do pensamento jurídico moderno*. [1966] São Paulo: Martins Fontes, 2005. Tradução de Claudia Berliner.

VOGLIOTTI, Massimo. *Tra fatto e diritto: oltre la modernità giuridica*. Torino: Giappichelli, 2007.

WACH, ADOLF. [1843-1926] *Manual de derecho procesal civil*. [1885] Volume 1, Buenos Aires: E.J.E.A., 1977. Tradução de Tomás A. Banzhaf.

WIEACKER, FRANZ. [1908-1994] *História do direito privado moderno*. [1952] 4ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. Tradução de António Manuel Botelho Hespanha da 2ª edição alemã (1967).

WRÓBLEWSKI, JERZY. [1926-1990] *Legal reasoning in legal interpretation*. Logique et Analyse, Nouvelle Série, vol. 12, n° 45. Brussel: Peeters Publishers, 1968.

_____. *Legal decision and its justification*. Logique et Analyse, Nouvelle Série, vol. 14, nº 53/54. Brussel: Peeters Publishers, 1971.

_____. *The judicial application of law*. [1988] Dodrecht: Springer, 1992.

_____. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas, 1985. Tradução de Arantxa Azurza.

ZAGREBELSKY, GUSTAVO. *Il diritto mite*. [1992] 13ª reimpressão, Torino: 2005.

ZANETI JR, HERMES. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015.

ZANETI JR., HERMES; PEREIRA, CARLOS FREDERICO BASTOS. *Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil: wuma ponte entre hermenêutica e analítica?* Revista de Processo, nº 259. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ZANETI JR., HERMES; MADUREIRA, CLÁUDIO. *Formalismo-valorativo e o novo processo civil*. Revista de Processo, nº 272. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.