

A TUTELA DOS DIREITOS COMO FIM DO PROCESSO CIVIL NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Daniel Mitidiero

Sumário: Introdução; 1. Fundamentos, Meios e Fins do Estado Constitucional; 2. O Processo Civil como Meio para Tutela dos Direitos. A Necessidade de Prolação de uma Decisão Justa e de Formação de Precedente como Imposições do Estado Constitucional: Dois Discursos a Partir da Decisão Judicial; 3. A Tutela dos Direitos em uma Dimensão Particular e em uma Dimensão Geral: Teoria da Decisão Justa e Teoria do Precedente; Considerações Finais.

Resumo: o presente ensaio visa a propor a tutela dos direitos (em uma dimensão particular e em uma dimensão geral) como fim do processo civil no Estado Constitucional.

Riassunto: *questo saggio ha per obiettivo proporre la tutela dei diritti (in una dimensione particolare ed in una dimensiona generale) come fine del processo civile nello Stato Costituzionale.*

Palavras-chaves: Processo Civil. Estado Constitucional. Tutela dos Direitos.

Parole-chiavi: *Processo Civile. Stato Costituzionale. Tutela dei Diritti.*

Introdução

A passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional acarretou uma *tríplice alteração* no que concerne à compreensão do Direito¹. Essas três grandes mudanças fizeram com que o processo deixasse de ser pensado simplesmente com um *perfil subjetivo*, pré-ordenado somente para *resolução de casos concretos* em juízo.

A primeira mudança concerne à teoria das normas². No Estado Legislativo, pressupunha-se que toda norma era sinônimo

1 Sobre a passagem do Estado Legislativo (*Stato di Diritto – Rechtsstaat*) para o Estado Constitucional (*Stato Costituzionale – Verfassungsstaat*), Gustavo Zagrebelsky, *Il Diritto Mite – Legge, Diritti, Giustizia*, 13. ristampa. Torino: Einaudi, 2005, pp. 20/56; sobre o seu impacto sobre o conceito de jurisdição, Luiz Guilherme Marinoni, Curso de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 21/139, vol. I; sobre a ideologia da sociedade, da unidade legislativa e da interpretação jurídica subjacente ao Estado Legislativo, Judith Martins-Costa, *A Boa-Fé no Direito Privado*, 1. Ed. 2. Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 276/286.

2 Amplamente, Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios – Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, 12. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.



Daniel Mitidiero

Pós-doutor em Direito (Università degli Studi di Pavia, Itália, UNIPV). Doutor em Direito (Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasil, UFRGS). Professor de Direito Processual Civil dos Cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da UFRGS.

de *regra*. Os princípios eram compreendidos como *fundamentos* para normas, *mas jamais como normas*. No Estado Constitucional, a teoria das normas articula-se em três grandes espécies – as normas podem ser enquadradas em *princípios, regras e postulados*. Os princípios ganham força normativa – vinculam os seus destinatários³. Ao lado dos princípios e das regras, teoriza-se igualmente a partir de *normas que visam a disciplinar a aplicação de outras normas* – os postulados normativos⁴. Ao lado dessa mudança *qualitativa*, o Estado Constitucional convive com uma *pluralidade fragmentada de fontes*: a forma Código perde o seu caráter de *plenitude*, próprio do Estado Legislativo, e passa a desempenhar função de *centralidade infraconstitucional*⁵. Abundam *estatutos, legislações especiais e instrumentos infralegais* que concorrem para disciplina

da vida social⁶. O ordenamento jurídico adquire feição *complexa*⁷. Daí que se soma à mudança qualitativa uma mudança igualmente *quantitativa* no campo das normas.

A segunda refere-se à técnica legislativa. Nesse campo, passa-se de uma legislação redigida de forma *casuística* para uma legislação em que se misturam técnica casuística e técnica *aberta*. No Estado Constitucional, o legislador redige as suas proposições ora prevendo exatamente os casos que quer disciplinar, particularizando ao máximo os termos, as condutas e as conseqüências legais (técnica casuística), ora empregando termos indeterminados, com ou sem previsão de conseqüências jurídicas na própria proposição (técnica aberta). Como facilmente se percebe, entram no segundo grupo os *conceitos jurídicos indeterminados* e as *cláusulas gerais* – os primeiros como espécies normativas em que, no suporte fático, há previsão de termo indeterminado e há conseqüências jurídicas legalmente previstas; as segundas, como espécies normativas em que há previsão de termo indeterminado no suporte fático e não há previsão de conseqüências jurídicas no próprio enunciado legal⁸.

A terceira mudança atine ao significado da interpretação jurídica e, no fundo, à

3 Mauro Barberis, *Stato Costituzionale*. Modena: Mucchi Editore, 2012, pp. 66/71.

4 De que são exemplos a ponderação, a concordância prática, a proibição de excesso, a igualdade, a razoabilidade e a proporcionalidade, de acordo com a conhecida proposta de Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios – Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, 12. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 154/185. No mesmo sentido, referindo que “Humberto Ávila tem razão quando identifica a proporcionalidade (juntamente com outros critérios como a proibição de excesso etc.) como algo qualitativamente diferente, seja de princípios, seja de regras jurídicas”, Cláudio Michelin, “Princípios e Coerência na Argumentação Jurídica”. In: Macedo Júnior, Ronaldo Porto; Barbieri, Catarina Helena Cortada (coords.), *Direito e Interpretação – Racionalidades e Instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 274.

5 Clóvis do Couto e Silva, “O Direito Civil Brasileiro em Perspectiva Histórica e Visão de Futuro”. In: Fradera, Vera (org.), *O Direito Privado Brasileiro na Visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, pp. 11/31; Judith Martins-Costa, *A Boa-Fé no Direito Privado*, 1. Ed. 2. Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 169/270.

6 Sobre a *decodificação* e a *recodificação* (a partir do eixo constitucional), Natalino Irti, *L'Etat della Decodificazione*, 4. Ed. Milano: Giuffrè, 1999, e *Codice Civile e Società Politica*, 7. Ed. Roma: Laterza, 2005.

7 Riccardo Guastini, *Teoria e Dogmatica delle Fonti*. Milano: Giuffrè, 1998, pp. 163/164.

8 Amplamente, Judith Martins-Costa, *A Boa-Fé no Direito Privado*, 1. Ed. 2. Tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 273/348.

própria compreensão a respeito da natureza do Direito. Parte-se do pressuposto de que a atividade jurisdicional constitui uma atividade de *reconstrução* do sentido normativo das proposições e dos enunciados fático-jurídicos⁹ à vista do caráter *não cognitivista e lógico-argumentativo* do Direito¹⁰. Como observa a doutrina, “o essencial é que o Direito não é meramente descrito ou revelado, mas reconstruído a partir de núcleos de significado de dispositivos normativos que, por sua vez, precisam ser conectados com elementos factuais no processo de aplicação. O material normativo, assim, não é totalmente, mas apenas parcialmente dado”¹¹. Isso quer dizer que se assume a *separação entre texto e norma* – o legislador outorga *textos, não normas*. As normas são fruto de uma *outorga de sentido aos textos* pelos seus destinatários¹². É enorme, portanto, a diferença entre a interpretação jurídica no Estado Legislativo e no Estado Constitucional – basta perceber que se pressupunha no primeiro uma *unidade entre texto e norma*, pressupondo-se que o legislador

outorgava não só o texto, mas também a norma, sendo função da jurisdição tão-somente *declarar* a norma pré-existente para solução do caso concreto¹³. O Direito deixa de ser um objeto total e previamente dado que o jurista tem de simplesmente *conhecer* para ser uma “harmoniosa composição entre atividades semânticas e argumentativas”¹⁴.

É fácil perceber, portanto, a razão pela qual a doutrina aponta um eloqüente deslocamento a partir dessa verdadeira virada conceitual: da *vocação do nosso tempo para legislação e para ciência do direito (vom Beruf unser Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft)*¹⁵ para a *vocação do nosso tempo para jurisdição (vocazione del nostro tempo per la giurisdizione)*¹⁶ – ou, mais precisamente, para o processo¹⁷. A partir dessa passagem, o processo civil passou a responder não só pela necessidade de *resolver casos concretos* mediante a prolação de uma *decisão justa para as partes*¹⁸, mas

9 Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios Jurídicos – Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, 12. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 33/34; Riccardo Guastini, *Lezioni di Teoria del Diritto e dello Stato*. Torino: Giappichelli, 2006, p. 101.

10 Pierluigi Chiassoni, *Tecnica dell’Interpretazione Giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 147.

11 Humberto Ávila, *Segurança Jurídica – Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 138.

12 Eros Roberto Grau, *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*, 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2005. E isso por conta da *equivocidade* dos textos jurídicos, que podem dar azo a “*interpretazioni sincronicamente confliggenti e diacronicamente mutevoli*” (Riccardo Guastini, *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 413).

13 Sobre a diferença das relações entre legislação e jurisdição no Estado Legislativo e no Estado Constitucional, Luiz Guilherme Marinoni, *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 21/139, vol. I; Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, *Curso de Processo Civil*, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 123/131, vol. I.

14 Humberto Ávila, *Segurança Jurídica – Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 254.

15 Friedrich Carl von Savigny, *Vom Beruf unser Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814.

16 Nicola Picardi, “*La Vocazione del Nostro Tempo per la Giurisdizione*”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2004.

17 Sobre a passagem da jurisdição ao processo como pólo metodológico do processo civil, Daniel Mitidiero, *Colaboração no Processo Civil*, 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 48/50.

18 Michele Taruffo, “*Idee per una Teoria della*

também pela promoção da *unidade do direito* mediante a formação de *precedentes*¹⁹. Daí que o processo civil no Estado Constitucional tem por função dar *tutela aos direitos*²⁰ mediante a prolação de decisão justa para o caso concreto e a formação de precedente para promoção da unidade do direito para a sociedade em geral²¹.

Essa finalidade responde a dois fundamentos bem evidentes do Estado Constitucional – a *dignidade da pessoa humana* e a *segurança jurídica*. E é justamente levando em consideração esses dois elementos que é possível visualizar esses *dois importantes discursos* que o processo civil deve ser capaz de empreender na nossa ordem jurídica a fim

.....
Giusta Decisione”, *Sui Confini – Scritti sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, pp. 219/234.

19 Amplamente, Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*, 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

20 Apontando a tutela dos direitos como fim do processo civil, Vittorio Denti, *La Giustizia Civile – Lezioni Introdottrive* (1989), 2. Ed. Bologna: Il Mulino, 2004, pp. 115/117; Andrea Proto Pisani, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 4. Ed. Napoli: Jovene Editore, 2002, pp. 5/6; Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela Inibitória*, 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 363/373; Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 240/241, vol. I; Daniel Mitidiero, *Antecipação da Tutela – Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 54/55.

21 Mesmo que alçando mão de outros termos e cuidando apenas e especificamente do problema da atuação da *Corte di Cassazione* na Itália, a dupla direção que a aplicação do Direito ao caso concreto pode assumir também já foi bem destacada por Michele Taruffo: *“l’interpretazione della legge, quando è finalizzata all’applicazione della norma ad un caso particolare, può essere orientata in due direzioni diverse: l’una mirante ad individuare la soluzione più giusta in rapporto alla peculiarità del caso concreto; l’altra mirante a stabilire a livello generale quale è il significato più giusto da attribuire alla norma”* (*“La Corte di Cassazione e la Legge”*, *Il Vertice Ambiguo – Saggi sulla Cassazione Civile*. Bologna: Il Mulino, 1991, pp. 90/91).

de que essa se consubstancie em uma *ordem* realmente idônea para *tutela dos direitos*. É exatamente dentro desse quadro teórico que o presente ensaio visa a defender que o fim do processo civil no Estado Constitucional é a *tutela dos direitos* nessas duas dimensões.

1. Fundamentos, Meios e Fins do Estado Constitucional

A República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito fundado na dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, CRFB). Nessa condição, consubstancia-se em um Estado Constitucional, sintética e expressiva fórmula²², sendo o “Estado de Direito” e o “Estado Democrático” seus dois corações políticos²³. No que agora interessa, importa ter presente que, como Estado de Direito, funda-se na segurança jurídica (artigo 1º, *caput*, CRFB). Dignidade da pessoa humana e segurança jurídica são dois *princípios fundamentais* da nossa ordem jurídica²⁴.

.....
 22 Sintética e expressiva, na medida em que, com ela, se resume todo o contexto em que submersa em geral a cultura jurídica contemporânea, conforme anotam Gustavo Zagrebelsky, *Il Diritto Mite*, 13. ristampa. Torino: Einaudi, 2005, pp. 39/50, e Paolo Ridola, *Diritto Comparato e Diritto Costituzionale Europeo*. Torino: Giappichelli Editore, 2010, p. 22.

23 José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 98/100.

24 Quanto à dignidade da pessoa humana, Ingo Sarlet, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 81/90; quanto à segurança jurídica, Humberto Ávila, *Segurança Jurídica – Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 201/244. De resto, observe-se que a qualificação como

Esses dois princípios fundamentam a organização de um processo destinado à tutela dos direitos mediante a prolação de uma decisão justa e a formação de precedentes judiciais. *Do ponto de vista do Estado Constitucional, o fim do processo civil só pode ser reconduzido à tutela dos direitos mediante a prolação de uma decisão justa e a formação e respeito aos precedentes.* Daí que a *tutela dos direitos* que deve ser promovida pelo processo tem uma *dupla direção* – dirige-se às *partes* no processo e à *sociedade* em geral. Os meios de que se vale o processo para obtenção desse escopo são igualmente dois: a *decisão justa* – acompanhada, em sendo o caso, de todas as técnicas executivas adequadas para sua efetividade – e o *precedente judicial*. Pode-se tutelar os direitos no processo, portanto, tanto em uma *dimensão particular* como em uma *dimensão geral*.

A dignidade da pessoa humana impõe

.....
 princípio fundamental não exclui a possibilidade de a dignidade da pessoa humana funcionar igualmente como regra (Ingo Sarlet, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 87) e de a segurança jurídica manifestar-se também como outra espécie normativa (Humberto Ávila, *Segurança Jurídica – Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 669/670). Nada obsta a que tenhamos coexistência de “espécies normativas em razão de um mesmo dispositivo” (Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios – Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, 12. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 68). Do mesmo modo, qualificar a dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica como normas não afasta, de modo algum, o aspecto axiológico nelas implicado (assim, Ingo Sarlet, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 85; Humberto Ávila, *Segurança Jurídica – Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 250).

a necessidade de considerarmos a *tutela dos direitos* como fim do processo. A *juridicidade* pela qual se pauta o Estado Constitucional – isto é, o seu *parâmetro jurídico de atuação* e a *efetiva atuabilidade dos direitos* – assegura *imediatamente* a necessidade de uma *decisão justa* como *meio particular* para obtenção da tutela dos direitos. O foco direto aí são as partes no processo. A *segurança jurídica* impõe *imediatamente* a imprescindibilidade de o direito ser cognoscível, estável, confiável e efetivo mediante a formação e o respeito aos precedentes como *meio geral* para obtenção da tutela dos direitos. O foco direto aí é a ordem jurídica e a sociedade civil como um todo. Solidariamente implicados, dignidade da pessoa humana e segurança jurídica impõem a tutela dos direitos como a finalidade do processo civil no Estado Constitucional.

A dignidade da pessoa humana constitui “qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana”²⁵ e funciona ao mesmo tempo como “valor-fonte do ordenamento

.....
 25 Ingo Sarlet, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 52. Mais demoradamente, entende Ingo Sarlet a dignidade da pessoa humana como “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida” (*Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 73).

jurídico”²⁶, fundamento e medida do Estado de Direito e de inúmeros direitos fundamentais²⁷. No que agora interessa, a colocação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Constitucional impõe como “tarefa”²⁸ para a doutrina a *realização de uma teorização do direito a partir da pessoa humana* e não a partir do Estado. Dito de outro modo, o reconhecimento da pessoa humana como fundamento da ordem jurídica revela que o Estado “é uma organização política que serve o homem” e que, portanto, “não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios”²⁹. Daí que, “consagrando expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros

países, na Alemanha –, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”³⁰. Vale dizer: constitui a “pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”³¹.

A maneira como a nossa Constituição foi ordenada é extremamente significativa nesse particular. Pela primeira vez em nosso constitucionalismo, a Constituição inicia arrolando “princípios fundamentais” (artigos 1º a 4º, CRFB) para logo em seguida proclamar “direitos e garantias fundamentais” (artigos 5º a 17, CRFB). Somente *depois* de cuidar da *pessoa e de seus direitos* é que a Constituição se ocupa da “organização do Estado” (artigos 18 a 43, CRFB) e da “organização dos poderes” (artigos 44 a 135, CRFB). A prioridade da pessoa na ordem constitucional em detrimento do Estado é evidente. *Toda e qualquer construção teórica que não leve em consideração essa verdadeira primazia está destinada a falhar no teste de legitimidade substancial em que consiste a dignidade da pessoa humana no Estado Constitucional*³².

26 Judith Martins-Costa, “Direito e Cultura: entre as Veredas da Existência e da História”, Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 181, em co-autoria com Gerson Branco.

27 Sobre as relações entre dignidade da pessoa humana, Estado de Direito e direitos fundamentais, Ingo Sarlet, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 91/140; A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional, 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 58/62; sobre as relações entre Estado de Direito e direitos fundamentais, ainda, Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 9. Ed. Madrid: Tecnos, 2005, pp. 218/251.

28 Sobre a caracterização da dignidade da pessoa humana como “limite e tarefa do Estado, da comunidade e dos particulares”, Ingo Sarlet, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 131/140.

29 José Joaquim Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 225.

30 Ingo Sarlet, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 79/80.

31 Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, 3. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 180, tomo IV.

32 Sobre a dignidade da pessoa humana como critério substancial de legitimidade, Ingo Sarlet, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na

A segurança jurídica consubstancia-se ao mesmo tempo em fundamento do Estado Constitucional e função que deve ser por ele desempenhada³³ a fim de viabilizar condições institucionais para autodeterminação da pessoa (“*citizens to live autonomous lives*”) e desenvolvimento da vida social em circunstâncias de mútua confiança (“*mutual trust*”)³⁴. A segurança jurídica é um *princípio instrumental* que visa à *efetiva atuabilidade dos direitos*³⁵, sem a qual inexistiria o *império da juridicidade* inerente ao Estado Constitucional³⁶.

Dado o caráter *não cognitivista e lógico-argumentativo* do Direito³⁷, o que o coloca em uma situação de permanente desenvolvimento

e superabilidade (*defeasibility*)³⁸, a segurança jurídica deve ser compreendida como *cognoscibilidade, confiabilidade, calculabilidade e efetividade* do Direito³⁹. É certo que houve um tempo em que bastava ver a segurança jurídica como “determinação normativa” e “garantia de conteúdo” do Direito⁴⁰. Essa maneira *estática* de compreendê-la, no entanto, encontrava-se umbilicalmente ligada ao entendimento de que o Direito em si é um objeto dado total e previamente pelo legislador, e que a tarefa do intérprete estava em declarar o “*vero (univoco e determinato) significato delle disposizioni legislative*”⁴¹. Com a derrocada desse modo *cognitivista* de entender o Direito em favor de uma solução não cognitivista e lógico-argumentativa, a segurança jurídica passou a constituir a *dinâmica* “controlabilidade semântico-argumentativa” e “garantia de respeito” do Direito⁴².

A segurança jurídica é um princípio que impõe em primeiro lugar a *cognoscibilidade* do Direito. É preciso viabilizar o *conhecimento* e a

.....
Constituição Federal de 1988, 9. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 92.

33 Antonio Enrique Pérez Luño, *La Seguridad Jurídica*, 2. Ed. Barcelona: Ariel, 1994, pp. 27/28.

34 Neil MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law – A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 16.

35 Caracterizando a segurança jurídica como um princípio instrumental ligado à realização dos direitos, Humberto Ávila, *Segurança Jurídica – Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 265.

36 Neil MacCormick, *Institutions of Law – An Essay in Legal Theory*. Oxford: Oxford Press University, 2008, p. 60.

37 Neil MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law – A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005, pp. 14/15. Como observa enfaticamente MacCormick, “*a theory of legal reasoning requires and is required by a theory of law*” (*Legal Reasoning and Legal Theory* (1978). Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 229). E isso porque, como enquadra com boa dose de razão Robert Alexy (*Theorie der juristischen Argumentation*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983, p. 261), o discurso jurídico não passa de um “*Sonderfall des allgemeinen praktischen Diskurs*” (caso particular do discurso prático geral, tradução livre). Interpretar textos jurídicos, em suma, significa interpretar argumentativamente (Riccardo Guastini, *L’Interpretazione dei Documenti Normativi*. Milano: Giuffrè, 2004, p. 7).

.....
38 Neil MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law – A Theory of Legal Reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 53 e, mais longamente, pp. 237/253; Riccardo Guastini, *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, pp. 42/43.

39 É a tese de Humberto Ávila, *Segurança Jurídica – Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 250/256.

40 Humberto Ávila, *Segurança Jurídica – Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 272.

41 Riccardo Guastini, *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, pp. 409/412; Pierluigi Chiassoni, *Tecnica dell’Interpretazione Giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 143.

42 Humberto Ávila, *Segurança Jurídica – Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 272.

certeza do Direito, sem os quais não se pode saber exatamente o que é seguro ou não. É claro que o fato de o Direito ser vazado em linguagem – que é indiscutivelmente porosa e polissêmica⁴³ – requer a compreensão da segurança mais como *viabilização de conhecimento* do que propriamente como *determinação* prévia de sentido. A segurança jurídica exige, portanto, a *controlabilidade intersubjetiva dos processos semântico-argumentativos* que conduzem ao conhecimento e à certeza do Direito e a adoção de *critérios racionais e coerentes* para sua reconstrução. Em segundo lugar, exige *confiabilidade* do Direito. O Direito deve ser *estável e não sofrer quebras abruptas e drásticas*. Evidentemente, não é possível assegurar a sua *imutabilidade*, na medida em que é inerente ao Direito o seu aspecto cultural e, portanto, a sua permanente abertura à mudança. Importa, no entanto, que a confiança depositada pela

pessoa no Direito não seja iludida, o que impõe *estabilidade e continuidade* normativas e, em sendo o caso, previsão de *normas de salvaguarda da confiança* em momentos de *crise de estabilidade jurídica*. Em terceiro lugar, impõe *calculabilidade*, isto é, *capacidade de antecipação das conseqüências* normativas ligadas aos atos e fatos jurídicos e das *eventuais variações* (quais e em que medida) da ordem jurídica. Também aqui o caráter cultural, não cognitivista e lógico-argumentativo do Direito repele a *previsibilidade absoluta* e determina a sua substituição pela noção mais elástica de *calculabilidade*. Por fim, em quarto lugar, a segurança jurídica exige *efetividade* do Direito. Pouco importa a certeza, a confiança e calculabilidade do Direito se, na iminência ou diante de seu descumprimento, o Direito confessa-se impotente para impor a sua própria *realização*. Daí que a efetividade, entendida como *realizabilidade*, compõe o núcleo essencial do conceito de segurança jurídica⁴⁴.

A conjugação da dignidade da pessoa humana com a segurança jurídica impõe a necessidade de pensarmos o processo civil como meio para viabilização da tutela dos direitos. E mais do que isso: dada a tríplice mudança do Direito na passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional, essa combinação aponta para necessidade de o processo se estruturar

43 Daí a clássica observação de Herbert Hart a respeito da “*open texture of law*” (*The Concept of Law* (1961), 3. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 124/136). Hart, todavia, chama atenção para a textura aberta do Direito para marcar uma diferença entre *zonas de certeza* e *zonas de penumbra* nos enunciados jurídicos, dentro das quais há, respectivamente, apenas *declaração* de uma *norma pré-existente* ou *verdadeira criação normativa* por parte dos juízes. Com isso, Hart acaba retirando conseqüências da indeterminação dos enunciados jurídicos apenas para os casos que recaem sobre a zona de penumbra. Sobre a sua teoria da interpretação e, especificamente, sobre os seus pressupostos filosóficos nesse particular, Vittorio Villa, *Una Teoria Pragmaticamente Orientata dell’Interpretazione*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 110. Ademais, sublinhando a potencial indeterminação do texto de *qualquer* enunciado linguístico, Giovanni Tarello, *L’Interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 27; Riccardo Guastini, *L’Interpretazione dei Documenti Normativi*. Milano: Giuffrè, 2004, pp. 64/66; *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, pp. 39/44; Pierluigi Chiassoni, *Tecnica dell’Interpretazione Giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 56.

44 Tudo conforme Humberto Ávila, *Segurança Jurídica – Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 249/279. Especificamente sobre a efetividade como elemento do conceito de segurança no processo civil, Daniel Mitidiero, *Antecipação da Tutela – Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 62/63.

de modo a tornar possível a obtenção desse escopo em uma perspectiva tanto particular como geral. Vale dizer: mediante a prolação de uma decisão justa para as partes e a formação e respeito aos precedentes para orientação da sociedade como um todo.

2. O Processo Civil como Meio para Tutela dos Direitos. A Necessidade de Prolação de uma Decisão Justa e de Formação de Precedente como Imposições do Estado Constitucional: Dois Discursos a Partir da Decisão Judicial

Se é verdade que o processo civil no marco do Estado Constitucional deve ser compreendido como meio para tutela dos direitos, e que essa tutela deve ter uma *dupla direção* e servir-se de um *duplo discurso*, torna-se imprescindível, de um lado, colocar em uma *perspectiva crítica* os mais diversos fins já colimados ao processo civil ao longo da história, e, de outro, aferir de que modo o processo deve se estruturar para comportar o duplo discurso que visa à promoção da tutela efetiva dos direitos.

Em linhas gerais, o processo civil, antes da *Prozeßrechtswissenschaft* e da *scuola storico-dogmatica*, era animado pelo objetivo de realizar o *direito subjetivo afirmado pela parte* em juízo. E isso porque inexistia qualquer quebra conceitual entre direito subjetivo e ação – ou, dito de outro modo, porque não havia qualquer autonomia do processo em relação ao direito material. Era comum a exposição da matéria hoje reconduzida ao campo do direito processual civil em adendos – apêndices – de obras destinadas ao tratamento do direito

material⁴⁵. Sendo a ação uma decorrência do direito subjetivo – e o ponto máximo (*Höhepunkt*) desse modo de pensar típico de Oitocentos é a conhecida elaboração de Friedrich Carl von Savigny sobre as *materiellen Aktionenrechts*⁴⁶, seu verdadeiro coroamento (*Krönung*) e fim (*Abschluß*)⁴⁷ –, restava absolutamente coerente com essa doutrina uma *orientação acentuadamente privatista e individualista* a respeito dos fins do processo⁴⁸.

A transformação da “*procedura*” em “*diritto processuale civile*”⁴⁹ foi acompanhada

45 Por exemplo, como observa Riccardo Orestano, as *Pandectas* de Thibaut, até a sétima edição, datada de 1828, incluíam como adendo uma ampla exposição do direito processual civil em seu terceiro volume (“*Azione. I – L’Azione in Generale: a) Storia del Problema*”. In: *Enciclopedia Giuridica*. Milano: Giuffrè, 1959, p. 790, vol. IV).

46 Em seu clássico *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Veit und Comp., 1841, tomo V, Savigny, depois de definir a “*Klage*” (pp. 4/11), arrola as “*Arten der Klagen*” (pp. 11/150) – todas fundadas em distinções ligadas ao direito material (por exemplo, “*in persona*” e “*in rem*”). Daí a razão pela qual o seu pensamento a respeito da ação ficou conhecido como direito das ações (*Aktionenrechts*) – como é notório, a ação não é um conceito abstrato e único em Savigny, pertencente ao direito processual, mas sim um conceito de direito material, que admite tantas variações quantos são os direitos subjetivos reconhecidos pela ordem jurídica civil.

47 Knut Wolfgang Nörr, “*Zur historischen Schule im Zivilprozess- und Aktionenrecht*”, *Iudicium est Actum Trium Personarum*. Goldbach: Keip Verlag, 1993, pp. 84/86.

48 Mauro Cappelletti, “*Libertà Individuale e Giustizia Sociale nel Processo Civile*”, *Giustizia e Società*. Milano: Edizioni di Comunità, 1977, p. 32. Sobre o assunto, ainda, Daniel Mitidiero, *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*, 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 33/34.

49 Salvatore Satta, “*Diritto Processuale Civile*”. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 1.101, vol. XII. Para uma análise das implicações dessa transformação no conceito de jurisdição e na natureza do ato sentencial, Carlo Nitsch, *Il Giudice e la Legge – Consolidamento e Crisi di un Paradigma nella Cultura*

por uma radical mudança no que concerne aos fins do processo civil. Obra da doutrina alemã do final de Oitocentos e da doutrina italiana do início de Novecentos, o aparecimento do direito processual civil como disciplina autônoma foi marcado por uma indiscutível guinada – de uma perspectiva privatista e individualista para uma *perspectiva publicista* e em grande parte também *estatalista* do processo civil.

Adolf Wach – “*il maggiore dei tre illustri giuristi a cui la Germania deve la formazione della sua moderna scienza processuale*”⁵⁰ – é firme em asseverar: “é incorreto afirmar a finalidade subjetiva do processo”⁵¹ (*es ist unrichtig, den Prozesszweck subjektiv zu fassen*), pertecendo esse aos domínios do “direito público”⁵² (*öffentliches Recht*). Daí que “a finalidade do processo, diferentemente, é sempre a única e a mesma: a realização da justiça mediante a jurisdição”⁵³ (*der Prozesszweck aber bleibt stets ein und derselbe: die Wahrung der Gerechtigkeit durch Uebung der Gerichtsbarkeit*). Pressupondo-se que o exercício da jurisdição ocorre mediante a

interpretação da lei, e que essa visa à declaração da sua vontade (“a finalidade da interpretação da lei é a declaração da vontade da lei”⁵⁴ – *Zweck der Gesetzauslegung Klarstellung des Gesetzwillens*), resta claro que o processo a partir daí visa à *declaração da vontade da lei* – e não mais à realização do direito subjetivo privado sobre que fundada a *actio*.

Essa orientação claramente *publicista* acabou incorporando também uma dimensão *estatalista* com Giuseppe Chiovenda e Piero Calamandrei. Chiovenda afirma que o “processo giudiziario” tem como escopo a “*attuazione della legge*”⁵⁵. Mais demoradamente, Chiovenda observa que “*il processo civile è il complesso degli atti coordinati allo scopo dell’attuazione della legge (rispetto a un bene che si pretende da questa garantito nel caso concreto), per parte degli organi della giurisdizione ordinaria*”⁵⁶. Calamandrei observa igualmente que o “*scopo del processo (anche del processo civile) è l’attuazione del diritto oggettivo*”⁵⁷. Acrescenta, no entanto, que essa discussão seria mais bem situada no campo do “*scopo della giurisdizione, ossia a proposito dello scopo che si propone*

.....
Giuridica Italiana del Primo Novecento. Milano: Giuffrè, 2012, pp. 39/128.

50 Giuseppe Chiovenda, “*Adolf Wach*”, *Saggi di Diritto Processuale Civile (1894-1937)*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 263, vol. I. Sobre Adolf Wach, ainda, Dagmar Unger, *Adolf Wach (1843 – 1926) und das liberale Zivilprozeßrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005.

51 Adolf Wach, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1885, p. 4.

52 Adolf Wach, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1885, p. 115.

53 Adolf Wach, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1885, p. 5.

.....
54 Adolf Wach, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1885, p. 267.

55 Giuseppe Chiovenda, “*Del Sistema negli Studi del Processo Civile*”, *Saggi di Diritto Processuale Civile (1894-1937)*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 230, vol. I.

56 Giuseppe Chiovenda, *Principii di Diritto Processuale Civile* (3. Ed., 1923), *ristampa inalterata*. Napoli: Jovene Editore, 1965, p. 68. Em nota de rodapé, Chiovenda esclarece que o conceito adotado “*è in sostanza il concetto di Wach*”.

57 Piero Calamandrei, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile* (1941). In: Cappelletti, Mauro (org.), *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano Editore, 1970, p. 73, vol. IV.

lo Stato, quando in veste di giudice esercita la funzione giurisdizionale: il quale scopo deve, secondo noi, necessariamente ravvisarsi in prima linea nel mantenimento dell'osservanza del diritto oggettivo, se non si vuol rinnegare quella concezione cosiddetta 'publicistica' del processo civile, in difesa della quale ha lavorato la dottrina italiana di quest'ultimo trentennio"⁵⁸.

A doutrina da época tinha plena consciência da virada conceitual por ela mesma realizada. Refletindo sobre a passagem da doutrina italiana do *método exegético* para o *método histórico-dogmático* e sobre a nova sistematização do direito processual civil, escreve Piero Calamandrei que *"solo nell'opera di Giuseppe Chiovenda, riassunta nei Principii (1ª ediz. 1906, 4ª ediz. 1928) e più tardi nelle Istituzioni (1ª ediz., 1933-34, 2ª ediz., 1935-36), sorge da queste isolate premesse il sistema compiuto, nel quale la rivendicazione del diritto processuale al diritto pubblico poggia, come un arco su due pilastri, da una parte sulla nozione della azione intesa in senso concreto quale diritto potestativo tendente alla attuazione della legge, e dall'altra sul concetto di rapporto processuale, che, riportando in primo piano la figura del giudice, riafferma la preminenza, anche nel processo civile, dell'interesse pubblico e della autorità dello Stato"*⁵⁹. Com isso, o processo civil passa a ser um ambiente

de proeminência do interesse público e da autoridade do Estado.

É por essa razão que a doutrina posterior observa com inteiro acerto que *"la c.d. 'pubblicizzazione' del processo civile inverte i presupposti di fondo che erano alla base del codice del 1865 e della dottrina ottocentesca: il processo non è piú esclusivamente un 'affare delle parti' ma un luogo in cui si esprime l'autorità dello Stato; esso non mira solo alla tutela di interessi privati, ma realizza l'interesse pubblico all'amministrazione della giustizia; il perno del processo non è piú l'iniziativa delle parti, ma la funzione del giudice. In sintesi, il processo non è piú visto come una forma in cui si esplica l'autonomia privata nell'esercizio dei diritti, ma come uno strumento che lo Stato mette a disposizione dei privati in vista dell'attuazione della legge"*⁶⁰. O processo civil converte-se integralmente em um instrumento de orientação publicista e *"statalistica"*⁶¹.

A questão está em saber, portanto, se semelhante modo de pensar a finalidade do processo é suportado pela nossa Constituição. E a resposta é evidentemente negativa. A dignidade da pessoa humana – posta como fundamento do Estado Constitucional e como critério de legitimidade substancial de toda a ordem jurídica – obviamente repele qualquer

58 Piero Calamandrei, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile* (1941). In: Cappelletti, Mauro (org.), *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano Editore, 1970, p. 73, vol. IV.

59 Piero Calamandrei, *"Gli Studi di Diritto Processuale in Italia nell'Ultimo Trentennio"* (1941). In: Cappelletti, Mauro (org.), *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano Editore, 1965, p. 524, vol. I.

60 Michele Taruffo, *La Giustizia Civile in Italia dal '700 a Oggi*. Bologna: Il Mulino, 1980, p. 188.

61 Michele Taruffo, *"Sistema e Funzione del Processo Civile nel Pensiero di Giuseppe Chiovenda"*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1986, p. 1.148, continuação da nota de rodapé n. 69.

perspectiva *estatalista* do processo civil. Sendo o Estado Constitucional um meio para realização dos fins da pessoa humana, é evidente que o processo civil nele ambientado só pode ser encarado a partir de uma perspectiva nela centrada. Qualquer teoria que veja como fim do processo civil a aplicação da “*Gesetzwillens*”, da “*volontà concreta della legge*” ou do “*diritto oggettivo*” está em óbvio descompasso com os compromissos sociais da nossa Constituição.

Nossa Constituição exige a colocação da *tutela dos direitos* como fim do processo civil⁶². Sendo o Estado Constitucional ancorado na pessoa humana e o Estado de Direito nele implicado fundamentado na segurança jurídica, a finalidade óbvia colimada ao processo civil só pode estar na *efetividade dos direitos* proclamados pela ordem jurídica. *O Estado Constitucional existe para promover os fins da pessoa humana – e isto quer dizer que o processo civil no Estado Constitucional existe para dar tutela aos direitos.*

Afirmar a *tutela dos direitos* como escopo do processo civil obviamente não implica retroceder à compreensão do processo como simples meio para *realização de direitos subjetivos*, nem em negar o *caráter público* do processo civil. Na verdade, a postura dogmática preocupada em apontar a tutela dos direitos como fim do processo visa a resgatar o devido “*collegamento tra diritto sostanziale*

e processo”⁶³, sem, no entanto, perder de vista o seu caráter autônomo. Nada obstante a “*interdipendenza tra diritto sostanziale e diritto processuale*”⁶⁴ no plano da efetividade, é certo que o processo não se confunde com o direito material. E mais: como parece evidente, a efetiva tutela dos direitos não pode ser vista como fim estranho ao Estado. O deslocamento do escopo do processo para o seu campo, portanto, longe de negar o caráter público do direito processual civil, visa apenas a cortar os “*excessi pubblicistici*”⁶⁵ do seu período de formação e apontar para necessidade de a tutela dos direitos constituir condição de sua legitimação social. *No fundo, a colocação da tutela dos direitos como finalidade do processo corresponde, na dogmática processual civil, à proeminência reconhecida à pessoa humana diante do Estado no plano constitucional.*

A tutela dos direitos que o processo civil se propõe a promover, no entanto, está longe de ter uma *dimensão puramente particular* – como se a ordem jurídica não fosse impactada pelas *razões* elaboradas pelos juízes em suas decisões. Por isso, a tutela dos direitos no processo, além de viabilizar a proteção de direitos individuais ou transindividuais afirmados pelas partes mediante decisão justa e, em sendo o caso, sua adequada efetivação (*dimensão particular*

62 Nessa linha, por todos, Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela Inibitória*, 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 363/373; Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 240/241, vol. I.

63 Adolfo di Majo, *La Tutela Civile dei Diritti*, 4. Ed. Milano: Giuffrè, 2003, p. 5.

64 Andrea Proto Pisani, *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 4. Ed. Napoli: Jovene Editore, 2002, p. 5.

65 A feliz expressão é de Eduardo Grasso, “*La Dottrina del Processo Civile alla Fine del Secolo*”, *Rivista di Diritto Civile*. Padova: Cedam, 1997, p. 387.

da tutela dos direitos), também visa a propiciar a unidade do direito mediante a afirmação e respeito aos precedentes judiciais (*dimensão geral da tutela dos direitos*). Tratar os casos com justiça (“*to deal with cases justly*” – como emblematicamente observa o legislador inglês ao enunciar o “*overriding objective*” das *Civil Procedure Rules, rule 1.1*) e servir à unidade do direito são duas formas de dar tutela aos direitos a que se encontra teleologicamente vinculado o processo civil no Estado Constitucional.

Esse *duplo discurso* que o processo civil tem de ser capaz de desempenhar no Estado Constitucional pressupõe a construção de uma teoria do processo idônea para dar conta da necessidade de propiciarmos a *prolação de uma decisão justa para as partes* no processo e a *formação e o respeito ao precedente judicial para sociedade como um todo*. É necessário perceber, portanto, a necessidade de um duplo discurso no processo a partir da decisão judicial – um discurso ligado às partes e um discurso ligado à sociedade⁶⁶. *Sem esse duplo discurso, a Justiça Civil será incapaz de realizar os direitos proclamados pela ordem jurídica e de orientar de forma segura a conduta social*.

3. A Tutela dos Direitos em uma Dimensão Particular e em uma Dimensão Geral: Teoria da Decisão Justa e Teoria do Precedente

A formação de uma decisão justa para

66 Daniel Mitidiero, “Fundamentação e Precedente – Dois Discursos a Partir da Decisão Judicial”, *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 61/78, n. 206.

as partes reclama a conjugação de critérios ligados à individualização, interpretação e argumentação referente às normas jurídicas que devem reger o caso concreto levado a juízo, à adequada verificação da verdade das alegações de fato formuladas pelas partes e à justiça da estruturação do processo⁶⁷. Em outras palavras, depende da composição de critérios concernentes ao plano das normas, ao plano dos fatos e ao plano do processo em que a atividade do juiz e das partes se desenvolverá para obtenção de uma decisão justa.

No plano concernente à individualização, interpretação e argumentação jurídica, interessa ter presente a dimensão dialogal do processo⁶⁸ – desde a sua formação até a sua extinção⁶⁹ – e a necessidade de o discurso jurídico ser *racionalmente estruturado e coerente*. Isso quer dizer que o discurso deve ser *intersubjetivamente controlável* a partir da invocação de *razões relevantes* que conduzam ao maior grau possível de aceitação racional da decisão⁷⁰, dado que o *escopo* da justificação está justamente em conduzir a partir daí a um grau significativo de aceitação da decisão⁷¹.

67 Michele Taruffo, “*Idee per una Teoria della Giusta Decisione*”, *Sui Confini – Scritti sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 224.

68 Alvaro de Oliveira, *Do Formalismo no Processo Civil – Proposta de um Formalismo-Valorativo*, 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 159.

69 Daniel Mitidiero, *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*, 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 119/173.

70 Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios – Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, 12. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 26.

71 Por todos, Enrico Dicitotti, *Interpretazione della Legge e Discorso Razionale*. Torino: Giappichelli, 1999, pp. 68/73.

No plano atinente à adequada verificação das alegações de fato, ganha importância a colocação da verdade como objetivo da prova⁷². Trata-se de pressuposto ético inafastável da conformação do direito ao processo justo⁷³. Como as alegações de fato concernem ao *mundo natural*, o processo adquire uma “*dimensione epistemica*”⁷⁴ e a prova passa a ser um instrumento racional para o seu conhecimento. A verdade deve ser compreendida a partir da idéia de *correspondência*, de modo que uma proposição é verdadeira se ela corresponde à realidade⁷⁵. Daí que a verdade é ao mesmo tempo *objetiva* – existe fora do sujeito que a investiga – e *relativa* – o conhecimento que dela se pode obter normalmente é fundado em um retrato aproximado da realidade⁷⁶. *A decisão será tanto mais justa quanto maior for a*

abertura do processo para a busca da verdade.

No plano da justa estruturação do processo, ganham relevo os direitos fundamentais processuais que compõem o direito ao processo justo⁷⁷. Em especial, a observância do direito de ação, de defesa, do direito ao contraditório, do direito à prova e do dever de fundamentação das decisões judiciais. Esses direitos processuais visam a responder aos problemas fático-normativos vinculados à formação da decisão justa e muito especialmente aos problemas de interpretação (“*proper interpretation of legal materials*”), qualificação (“*proper characterization of facts*”), relevância (“*proper relevance to the legal materials adduced*”) e prova (“*proper drawing of inference from evidence*” ou “*evaluation of conflicting pieces of evidence*”) inerentes às disputas judiciais⁷⁸. Tudo somado, o *problema da decisão justa* acaba sendo um problema cuja *correção da solução* se pode aferir a partir de um adequado discurso ligado à *fundamentação* das decisões judiciais⁷⁹ – donde é possível aferir

72 Michele Taruffo, *La Prova dei Fatti Giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, pp. 1/66; *La Semplice Verità – Il Giudice e la Costruzione dei Fatti*. Roma: Laterza, 2009, pp. 74/134 (há tradução disponível em português, *Uma Simples Verdade – O Juiz e a Construção dos Fatos*, tradução de Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012); Jordi Ferrer Beltrán, *Prueba y Verdad en el Derecho*, 2. Ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 18; Jordi Nieva Fenoll, *La Valoración de la Prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010, p. 66.

73 Daniel Mitidiero, *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*, 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 108. Ainda, sobre as relações entre prova e verdade, verdade, verossimilhança e probabilidade e sobre os modos de aferição da verdade no processo civil, Daniel Mitidiero, *Antecipação da Tutela – Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 95/111.

74 Michele Taruffo, *La Semplice Verità – Il Giudice e la Costruzione dei Fatti*. Roma: Laterza, 2009, pp. 135/192.

75 Michele Taruffo, *La Prova dei Fatti Giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992, pp. 36/38.

76 Michele Taruffo, *La Semplice Verità – Il Giudice e la Costruzione dei Fatti*. Roma: Laterza, 2009, p. 83.

77 Sobre o direito ao processo justo e os direitos fundamentais processuais que o compõem, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 615/681, em coautoria com Ingo Sarlet; ainda, Sérgio Mattos, *Devido Processo Legal e Proteção de Direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

78 Neil MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 27; Humberto Ávila, *Segurança Jurídica – Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*, 2011, p. 274.

79 Assim, Giovanni Tarello, *L’Interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè, 1980, pp. 67/75; Riccardo Guastini, *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 34; Pierluigi Chiassoni, *Tecnica dell’Interpretazione Giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 11. Sobre o problema na perspectiva da teoria do direito, Pierluigi Chiassoni, *Tecnica dell’Interpretazione Giuridica*. Bologna: Il

ao mesmo tempo a *verdade das proposições* de fato e a *coerência dos enunciados* jurídicos que compõem o esquema *lógico-argumentativo* em que se consubstancia a decisão judicial como um todo.

A formação e o respeito ao precedente judicial exigem certamente uma adequada teoria dos precedentes⁸⁰. E isso porque é tarefa do precedente *reduzir o âmbito de equivocidade* inerente ao Direito, viabilizando a sua maior cognoscibilidade. A necessidade de seguir precedentes não pode ser seriamente contestada no Estado Constitucional – dada a exigência de segurança jurídica que lhe serve de base. Como observa a doutrina, *“it is a basic principle of the administration*

*of justice that like cases should be decided alike”*⁸¹. Vale dizer: constitui “um requisito elementar de justiça” tratar “casos iguais de modo igual e não de modo arbitrariamente diferente”⁸². Compreendida na perspectiva do Estado Constitucional, essa lição remete-nos automaticamente ao reconhecimento da vigência da regra do *stare decisis* entre nós⁸³ e ao problema da construção de uma teoria do precedente judicial constitucionalmente adequada ao direito brasileiro.

Isso quer dizer que os conceitos ligados à *identificação* do precedente (*ratio decidendi* e *obiter dictum*) e ao *trabalho* com o precedente – necessidade de realizar distinções (*distinguishing*), de sinalizações para mudança do precedente (*signaling* e *drawing of inconsistent distinctions*), de superação total (*overruling*) ou parcial do precedente (*overturning*, de que espécies a *transformation* e a *overriding*) e concernente à eficácia da sua superação (*prospective overruling*) – devem ser trabalhados pela doutrina, sem o que dificilmente se poderá bem operar o sistema⁸⁴.

.....
Mulino, 2007, pp. 11/47; na perspectiva da teoria do processo, Michele Taruffo, *La Motivazione della Sentenza Civile*. Padova: Cedam, 1975; Jürgen Brüggemann, *Die richterliche Begründungspflicht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1971; Tomás-Javier Aliste Santos, *La Motivación de las Resoluciones Judiciales*. Madrid: Marcial Pons, 2011; Ana de Lourdes Coutinho Silva, *Motivação das Decisões Judiciais*. São Paulo: Atlas, 2012; Daisson Flach, *Dever de Motivação das Decisões Judiciais na Jurisdição Contemporânea*, Tese de Doutorado, UFRGS, Orientador Professor Doutor Danilo Knijnik, 2012.

80 Entre outros, na doutrina brasileira, Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; Luiz Guilherme Marinoni (coord.), *A Força dos Precedentes*, 2. Ed. Salvador: JusPodium, 2012; José Rogério Cruz e Tucci, *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004; Francisco Rosito, *Teoria dos Precedentes Judiciais*. Curitiba: Juruá, 2012; Patrícia Mello, *Precedentes – O Desenvolvimento Judicial do Direito no Constitucionalismo Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008; Caio Taranto, *Precedente Judicial – Autoridade e Aplicação na Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2010; Thomas da Rosa de Bustamante, *Teoria do Precedente Judicial – A Justificação e a Aplicação de Regras Jurisprudenciais*. São Paulo: Editora Noeses, 2012; Otávio Motta, “Precedente e Jurisprudência no Estado Constitucional Brasileiro”. In: Mitidiero, Daniel (coord.), *O Processo Civil no Estado Constitucional*. Salvador: JusPodium, 2012, pp. 263/320.

.....
81 Rupert Cross e J. W. Harris, *Precedent in English Law* (1991), 4. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 3.

82 Cláudio Michelon, “Princípios e Coerência na Argumentação Jurídica”. In: Macedo Júnior, Ronaldo Porto; Barbieri, Catarina Helena Cortada (coords.), *Direito e Interpretação – Racionalidades e Instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 282.

83 Hermes Zaneti Júnior, *Processo Constitucional – O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 252.

84 Esboçar uma teoria do precedente judicial está fora do escopo do presente trabalho. Os conceitos mencionados, no entanto, foram brevemente trabalhados por nós no ensaio “Fundamentação e Precedente – Dois Discursos a Partir da Decisão Judicial”, *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 68/75, n.

É imprescindível, portanto, um adequado discurso ligado à teoria dos *precedentes* judiciais.

A fidelidade ao precedente consiste no respeito às *razões necessárias e suficientes* empregadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça para solução de uma determinada *questão* de um caso⁸⁵. Constitui, portanto, respeito à *ratio decidendi*, que constitui a *universalização das razões necessárias e suficientes* constantes da *justificação judicial* ofertadas pelas Cortes Supremas para solução de determinada questão de um caso⁸⁶. Tal é a *dimensão objetiva* do precedente⁸⁷. O que não se oferece como *indispensável* para sustentação da solução da questão não pode ser considerado como integrante da *ratio decidendi* e compõe a categoria do *obiter dictum* – literalmente,

dito de passagem, pelo caminho (*saying by the way*)⁸⁸, cujo conteúdo não constitui precedente⁸⁹. Isso quer dizer que o respeito ao precedente pressupõe em *primeiro lugar* o seu *reconhecimento* pelo juiz encarregado de aplicá-lo e em *segundo lugar* a *individualização dos pressupostos fático-jurídicos* que tornam os casos idênticos ou similares e que justificam a aplicação do precedente⁹⁰. O raciocínio judicial aí é eminentemente analógico⁹¹. O respeito ao precedente pressupõe, desse modo, juízes sensíveis e atentos às particularidades dos casos e capazes de empreender sofisticados processos de *apreensão* e *universalização* de razões e *comparação* entre casos – um *papel nada autômato e certamente decisivo* para promoção da tutela do direito.

A unidade do Direito que deve ser promovida pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça por meio de precedentes move-se tanto *retrospectiva* como *prospectivamente*. Para que ambas as direções possam ser trilhadas, a regra do *stare decisis* tem de ser observada de forma *horizontal* e *vertical* por todos os órgãos do Poder Judiciário.

A expressão *stare decisis* é oriunda do brocardo *stare decisis et non quieta movere* e

206. Sobre o assunto, com amplo recurso às fontes, Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*, 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

85 Para identificação da *ratio decidendi* na tradição do *Common Law* são notórios dois métodos: o teste de Wambaugh e o método Goodhart. Sobre o assunto na doutrina inglesa, Rupert Cross e J. W. Harris, *Precedent in English Law*(1991), 4. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 52/71; na doutrina brasileira, Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*, 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 224/228.

86 Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*(1978). Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 215; “*Why Cases Have Rationes and What These Are*”. In: Goldstein, Laurence (coord.), *Precedent in Law*. Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 170; Riccardo Guastini, *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 264.

87 Michele Taruffo, “*Dimensionidel Precedente Giudiziario*”, *RivistaTrimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1994, p. 419; José Rogério Cruz e Tucci, *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 305/306.

88 Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 68.

89 Rupert Cross e J. W. Harris, *Precedent in English Law*(1991), 4. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 81.

90 Michele Taruffo, “*Precedente e Giurisprudenza*”, *RivistaTrimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2007, p. 712.

91 Rupert Cross e J. W. Harris, *Precedent in English Law*(1991), 4. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 26/27 e 192.

visa a garantir a *estabilidade* e a *confiabilidade* do precedente. Com a *determinação do significado* do Direito a partir de determinado caso no *precedente*, o que visa a proporcionar a sua *cognoscibilidade*, a estabilidade da ordem jurídica é assegurada pela *necessidade de respeito àquilo que foi decidido anteriormente*, o que gera a confiança na sua *manutenção* por um determinado período de tempo e na sua *aplicação* aos casos futuros idênticos e semelhantes. A regra do *stare decisis*, portanto, é a regra pela qual a segurança jurídica é promovida judicialmente em um sistema que respeita precedentes.

A primeira condição para que exista segurança jurídica pelo precedente é que esse seja *respeitado pela própria corte* que o emanou. Não por acaso essa *dimensão horizontal* do *stare decisis* – que vincula os próprios membros da corte que formou o precedente – foi a primeira a ser afirmada expressamente no direito inglês⁹². Se a própria corte responsável pela formação do precedente não se sentisse submetida à sua força vinculante, é claro que a cognoscibilidade e a estabilidade da ordem jurídica ficariam enfraquecidas e seriamente comprometidas⁹³. Sem *autovinculação*, o precedente não teria como contar com qualquer força de orientação. É claro, porém, que pouco adianta em termos de segurança jurídica assegurar o respeito da

própria corte ao precedente *se as demais cortes a ela submetidas não respeitarem igualmente o precedente*. Sendo a organização judiciária uma *organização hierarquizada* (“*chain of command*”⁹⁴), em que determinados órgãos têm competência para rever as decisões de outros, a segurança jurídica depende do efetivo respeito ao precedente pelas cortes que se encontram na base da organização judiciária. Do contrário, o precedente não teria nenhum influxo sobre a atividade dessas cortes e não teria condições de viabilizar a *igualdade* de todos perante a ordem jurídica e proporcionar *segurança* ao jurisdicionado na sua pronta aplicação. Daí a razão pela qual é essencial à promoção da segurança jurídica igualmente a *dimensão vertical* do *stare decisis*, isto é, a vinculação de todos os juízes e das Cortes de Justiça àquilo que foi decidido pelas Cortes de Precedentes⁹⁵. A junção de ambas as dimensões assegura um *forte sentimento unidade institucional do Poder Judiciário*, imprescindível para sua atuação *orquestrada*.

A combinação do *stare decisis* horizontal e vertical assegura a unidade do Direito em uma perspectiva *retrospectiva*, isto é, garante que uma *questão cuja solução era variável* na atividade dos tribunais seja resolvida *uniformemente* em um determinado período de tempo por força do precedente. Como, contudo, a unidade do Direito que deve ser

92 No célebre caso *London Tramways v. London County Council*, julgado em 1898 pela *House of Lords*, conforme Rupert Cross e J. W. Harris, *Precedent in English Law* (1991), 4. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 102.

93 Frederick Schauer, *Thinking like a Lawyer – A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, pp. 43/44.

94 Frederick Schauer, *Thinking like a Lawyer – A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 36.

95 Michele Taruffo, “*Dimensionidel Precedente Giudiziario*”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1994, p. 416.

promovida pelas Cortes Supremas também é *prospectiva*, vale dizer, deve ser suficientemente aberta para permitir o tratamento de *novas questões sociais* e a *contínua evolução do Direito*, a regra do *stare decisis* horizontal pode ser justificadamente deixada de lado pela *corte responsável pelo precedente*. Isso quer dizer que as Cortes Supremas podem, para promover a unidade do Direito prospectivamente, afastar-se *justificadamente* dos próprios precedentes, superando-os total (*overruling*) ou parcialmente (*overturning*) mediante transformação (*transformation*) ou reescrita (*overriding*) do precedente.

A *superação total* de um precedente (*overruling*) constitui a resposta judicial ao desgaste da sua *dupla coerência* (congruência social e consistência sistêmica)⁹⁶ ou a um *evidente equívoco* na sua solução⁹⁷. Quando o precedente carece de dupla coerência ou é evidentemente equivocado e os princípios básicos que sustentam a regra do *stare decisis* – segurança jurídica e igualdade – deixam de autorizar a sua replicabilidade (*replicability*), o precedente deve ser superado, sob pena de

estancar-se o processo de contínua evolução do Direito⁹⁸. Essa conjugação é tida pela doutrina como a norma básica para superação de precedentes (*basic overruling principle*)⁹⁹.

A *alteração parcial* de um precedente (*overturning*) pode ocorrer mediante a sua transformação (*transformation*) ou reescrita (*overriding*). Isso porque para promoção da unidade prospectiva do Direito pode não ser *oportuna* ou *necessária* a superação total do precedente. Há *transformação* quando a corte, sem negar formalmente o precedente, isto é, sem admitir desgaste ou equívoco da antiga solução, *reconfigura-o parcialmente*, tomando em consideração aspectos fático-jurídicos *não tidos por relevantes* na decisão anterior. Em tese, a transformação serve para alterar em parte o precedente com a produção de resultado com ele compatível¹⁰⁰. Há *reescrita* quando a corte *redefine o âmbito de incidência* do precedente. O precedente é normalmente reescrito com o fim de restringir o seu âmbito de aplicação. A partir da reescrita algo que *não foi considerado* na decisão anterior é sopesado

96 O termo coerência, nessa passagem, é empregado em sentido amplo e abrange tanto o conceito de congruência social (*social congruence*) como o de consistência sistêmica (*systemic consistency*). Como lembra Melvin Eisenberg, “the term coherence has several senses, depending on the type of material to which it is applied. One sense of the term is the ‘integration of social and cultural elements based on a consistency pattern of values and a congruous set of ideological principles’ – or coherence as congruence. A second sense is a ‘systematic or methodical connectedness or interrelatedness [especially] when governed by logical principles’ – or coherence as consistency” (*The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, p. 44).

97 Michael Gerhardt, *The Power of Precedent*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 19.

98 A possibilidade de a antiga *House of Lords*, por exemplo, afastar-se dos seus próprios precedentes foi reconhecida pelo *Practice Statement* de 1966, emanado pela própria corte, sendo uma das razões elencadas para fundamentar esse poder o fato de uma “*rigid adherence to precedent*” importar restrição ao “*proper development of the law*” (Rupert Cross e J. W. Harris, *Precedent in English Law* (1991), 4. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 104).

99 Melvin Eisenberg, *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, pp. 104/105; Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*, 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 390/403.

100 Melvin Eisenberg, *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, pp. 132/135.

e aí o seu alcance é comprimido¹⁰¹.

É evidente que apenas a corte que é responsável pela formação do precedente pode dele se afastar legitimamente. Vale dizer: apenas o Supremo Tribunal Federal pode se afastar de seus precedentes constitucionais e o Superior Tribunal de Justiça de seus precedentes federais. As Cortes de Justiça e os juízes de primeiro grau a ela ligados *não podem deixar de aplicar um precedente apenas por que não concordam com a solução nele formulada*, isto é, com o seu conteúdo¹⁰². *É um equívoco que decorre da falta de compreensão da natureza do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça como Cortes Supremas – de interpretação e não de controle, de precedentes e não de jurisprudência – imaginar que os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais podem se afastar dos precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça por não concordarem com as razões e*

as soluções neles formuladas.

Uma Corte de Justiça que se afasta de um precedente que deve aplicar formulado por uma Corte Suprema *não está dessa divergindo*. Está, na verdade, *desobedecendo* à interpretação da legislação formulada pela Corte Suprema. A possibilidade de *divergência* pressupõe cortes que ocupem o *mesmo grau na hierarquia* judiciária¹⁰³. Imaginar que uma Corte de Justiça pode contrariar ou deixar de aplicar um precedente de uma Corte Suprema por não concordar com o seu conteúdo equivale supor que *inexiste ordem e organização* na estrutura do Poder Judiciário e que todas as cortes judiciárias desempenham a *mesma função* dentro do sistema de distribuição de justiça – o que, como é óbvio, constitui manifesto equívoco.

Mais do que isso, a suposição de que a regra do *stare decisis* pode ser violada pelo simples desacordo dos juízes obrigados a seguir o precedente a respeito do acerto ou desacerto da solução nele contida ignora a diferença básica existente entre *aprender* com o passado (“*learning from the past*”) e *seguir* o passado (“*following the past*”)¹⁰⁴, isto é, a diferença entre *experiência* (“*experience*”) e *precedente* (“*precedent*”)¹⁰⁵. Se determinado juiz está

101 Melvin Eisenberg, *The Nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991, pp. 135/136.

102 Como corretamente observa o Lord Devlin em *Jones v. DPP*, julgado pela House of Lords em 1962 (conforme noticiam Vincenzo Varano e Vittoria Barsotti, *La Tradizione Giuridica Occidentale*, 3. Ed. Torino: Giappichelli, 2006, p. 299, vol. I). A propósito, sublinhando a gravidade institucional e moral implicada na recusa à adoção de um precedente, observam Rupert Cross e J. W. Harris que “*if a judge persistently and vociferously declined to follow cases by which he was bound according to countless statements of other judges, it is possible that steps would be taken to remove him from his office, but it would be a mistake to think in terms of such drastic sanctions for the judge’s obligation to act according to the rules of precedent. Those rules are rules of practice, and, if it is thought to be desirable to speak of a sanction for the obligation to comply with them, it is sufficient to say that non-compliance might excite adverse comments from other judges*” (*Precedent in English Law*(1991), 4. Ed. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 99).

103 Luiz Guilherme Marinoni, *Precedentes Obrigatórios*, 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

104 Frederick Schauer, *Thinking like a Lawyer – A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 38.

105 Frederick Schauer, *Playing by the Rules – A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*. Oxford: Oxford University Press, 1991, p. 182.

convencido – *persuadido*– da *bondade* de certa solução anterior, ao aplicá-la ele rigorosamente não está raciocinando à base do precedente. Ele está simplesmente se valendo do aprendizado oferecido por determinada experiência anterior. Quando, no entanto, “*courts are constrained by precedent, they are obliged to follow a precedent not only when they think it correct, but even when they think it incorrect. It is the precedent’s source or status that gives it force, not the soundness of its reasoning or the belief of the instant court that its outcome was correct*”¹⁰⁶. A autoridade do precedente, ao contrário do *acerto* da experiência, é o que efetivamente conta para justificar o dever de seguir precedentes.

Isso não quer dizer, contudo, que os juízes de primeiro grau, os Tribunais de Justiça e os Tribunais Regionais Federais não possam manifestar nenhuma *discordância* com determinado precedente. É evidente que podem – inclusive por força constitucional, já que é livre a manifestação de pensamento em um Estado Democrático (artigos 1º, *caput*, e 5º, inciso IV, CRFB). O que juízes e desembargadores que compõem as Cortes de Justiça não podem é *usar suas razões dissidentes para julgar o caso concreto*. E isso porque a *violação do precedente é danosa para as partes*, que aí passam a ter o ônus de interpor recurso para as Cortes Supremas para poder ver o caso apreciado de acordo com o Direito, com manifesta violação da igualdade, da segurança jurídica e da duração

razoável do processo, e é *danosa para o próprio Poder Judiciário*, que passa a ter o dever de atuar apenas para reafirmar aquilo que já se encontra devidamente solucionado com o precedente, com manifesto prejuízo à eficiência administrativa e à racionalização da atividade judiciária. Como observa a doutrina, a ausência de uniformidade na aplicação do Direito causa um *dano atual* e um *dano potencial* ao sistema jurídico – a existência de duas decisões diferentes para casos iguais acarreta a *imediata violação do direito à igualdade* de todos perante a ordem jurídica e produz *tendencialmente* um sentimento de *insegurança jurídica* pela ausência de cognoscibilidade do Direito¹⁰⁷. Inexiste qualquer razão jurídica que autorize agressões de tamanha envergadura ao Estado Constitucional.

Uma alternativa interessante para viabilizar a manifestação da discordância dos juízes e das Cortes de Justiça em relação aos precedentes das Cortes Supremas sem prejudicar as partes e a racionalidade do sistema de distribuição de justiça está na adoção da prática de uma espécie de *dissenting opinion* – ou simplesmente *dissent* – na redação das decisões judiciais. Embora seja uma prática oriunda da antiga *House of Lords* inglesa e da *Supreme Court* estadunidense utilizada para *reportar por escrito* determinada divergência

106 Frederick Schauer, *Thinking like a Lawyer – A New Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 41.

107 Embora formulada a partir de pressupostos teóricos distintos, essa lição de Piero Calamandrei a respeito da importância fundamental da uniformidade na aplicação do Direito é inteiramente invocável, conforme *La Cassazione Civile – Disegno Generale dell’Istituto*(1920). In: Cappelletti, Mauro (org.), *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano Editore, 1976, pp. 70/73, vol. VII.

manifestada pelos *Lords* e pelos *Justices* no debate oral de determinado caso que ao final do julgamento restou vencida¹⁰⁸, nada obsta a que semelhante prática seja adotada como forma de viabilizar a *crítica judicial* ao precedente. Trata-se de solução que pode inclusive servir como um bom parâmetro para aferição do grau de aprovação do precedente e eventualmente como elemento capaz de indicar o desgaste e necessidade de sua superação¹⁰⁹.

Considerações Finais

Tudo alinhado, parece-nos inegável que a compreensão da *interpretação jurídica* como um momento de *adscrição de sentido* a elementos textuais e não textuais da ordem jurídica – vale dizer, a interpretação jurídica como momento de produção normativa – conjugada com a colocação da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica como fundamentos do Estado Constitucional apontam para necessidade de enxergarmos no processo civil um meio para *tutela dos direitos*. E isso não apenas em uma dimensão

particular, como tradicionalmente se entende, mas também em uma dimensão *geral*, ligada à produção de um discurso para a sociedade civil a partir do caso concreto enfrentado no processo. A normatividade dos precedentes e a necessidade de trabalharmos de forma crítica as técnicas processuais concernentes à teoria dos precedentes também para tradição romano-canônica são simples decorrências desses movimentos mais profundos oriundos da teoria do Direito.

108 Gino Gorla, “La Struttura della Decisione Giudiziale in Diritto Italiano e nella ‘Common Law’: Riflessi di tale Struttura sull’Interpretazione della Sentenza, sui ‘Reports’ e sul ‘Dissenting’”, *Giurisprudenza Italiana*. Torino: UTET, 1965, p. 1.255.

109 Sobre a relação entre o instituto das *dissenting opinions*, a democracia e o desenvolvimento do Direito na doutrina estadunidense da metade de Novecentos, entre outros, William Orville Douglas, “The Dissent – A Safeguard for Democracy”, *Journal of the American Judicature Society*, 1948, vol. XXXII; Richard B. Stephens, “The Function of Concurring and Dissenting Opinions in Courts of Last Resort”, *University of Florida Law Review*, 1952, vol. V, ambos citados igualmente por Giovanni Tarello, *Il Realismo Giuridico Americano*. Milano: Giuffrè, 1962, pp. 14/15, nota de rodapé n. 28.