

Diretora Responsável
MARISA HARMS

Diretora de Operações de Conteúdo
JULIANA MAYUMI ONO

Editores: Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Danielle Oliveira, Ivê A. M. Loureiro Gomes e Luciana Felix
Assistente Editorial: Karla Capelas

Produção Editorial

Coordenação
JULIANA DE CUNHA BLANCO

Analistas Editoriais: Amanda Queiroz de Oliveira, Danielle Rondon Castro de Moraes, Flávia Campos Marcelino Martins, George Silva Meilo, Luara Coentro dos Santos e Rodrigo Domiciano de Oliveira

Analistas de Qualidade Editorial: Maria Angélica Leite, Samanta Fernandes Silva e Victor Bonifácio

Capa: Chrisley Figueiredo

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
CÍCIO HENRIQUE ANDRADE

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

DANIEL
MITIDIERO

CORTES SUPERIORES E CORTES SUPREMAS

Do Controle à Interpretação,
da Jurisprudência ao Precedente

2.ª edição revista, atualizada e ampliada

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Mitidiero, Daniel
Cortes superiores e cortes supremas : do controle à interpretação da
jurisprudência ao precedente / Daniel Mitidiero. -- 2. ed. rev. atual. e ampl.
-- São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014.

Bibliografia
ISBN 978-85-203-5652-4

1. Brasil. Superior Tribunal de Justiça - Jurisprudência 2. Brasil. Supremo
Tribunal Federal - Jurisprudência 3. Processo civil 4. Processo civil - Brasil
I. Título.

14-10400

CDU-347.991(81)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Superior Tribunal de Justiça : Direito
processual civil 347.991(81) 2. Brasil : Supremo Tribunal Federal : Direito processual
civil 347.991(81)

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

-se. A interpretação do Direito é o fim da corte de vértice, sendo o caso concreto apenas o meio a partir do qual a corte pode desempenhar a sua função. No modelo de Cortes Supremas, a *formação do precedente* tem um papel central, de modo que a violação à interpretação ofertada pela corte de vértice pelos juízes que compõem a própria corte e por aqueles que se encontram nas instâncias ordinárias é vista como uma *grave falta institucional* que não pode ser tolerada dentro do sistema jurídico.

Quando encarados a partir desses modelos, é fácil perceber que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça *pendem mais* para o modelo de Cortes Superiores do que para o de Cortes Supremas. O problema dessa tendência, no entanto, é que essa se coloca na *contramão da história* e não se mostra capaz de viabilizar a adoção de técnicas processuais imprescindíveis para o adequado funcionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça – e, portanto, para promoção da *igualdade*, da *segurança jurídica* e da *tutela efetiva dos direitos* no nosso Estado Constitucional. É preciso, portanto, que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça sejam pensados como *Cortes de Interpretação e de Precedentes* – e não mais como *Cortes de Controle e de Jurisprudência*. Vale dizer: como verdadeiras *Cortes Supremas* e não mais como simples *Cortes Superiores*.

Sendo o processo civil um meio para tutela dos direitos – tanto em uma *dimensão particular*, mediante decisão justa e adequada efetivação como em uma *dimensão geral*, mediante a formação de precedentes voltados para unidade do Direito – e o direito ao processo justo um direito à *organização de procedimentos que permitam a sua obtenção*, é imprescindível que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça sejam vistos como Cortes Supremas. Fora daí, é pouco provável que o sistema jurídico brasileiro seja capaz de fazer frente às duas *tarefas mínimas* inerentes a todo e qualquer Estado Constitucional – tratar as pessoas de forma *isonômica* e propiciar um *ambiente seguro* para desenvolvimento da vida social.

Parte I

A Função do Processo Civil no Estado Constitucional e a Necessidade de Adequada Organização das Cortes Judiciárias

O direito ao processo justo tem de ser pensado à luz de uma *adequada organização das cortes* que integram o sistema responsável pela prestação de tutela adequada, efetiva e tempestiva aos direitos.¹ Ocorre que uma adequada organização das cortes só pode ser concebida a partir da *função que o processo civil* assume em uma determinada ordem jurídica.

Como é sabido, a passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional acarretou uma *tríplice alteração* no que concerne à compreensão do Direito.² 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 normas*.³ No Estado Legislativo, pressupunha-se que toda norma era sinônimo 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 destinatários.⁴ Ao lado dos princípios e das regras, teoriza-se igualmente a partir de *normas que visam a disciplinar a aplicação*

1. Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. *Repercussão geral no recurso extraordinário*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 15.

2. Sobre a passagem do Estado Legislativo (*Stato di Diritto – Rechtsstaat*) para o Estado Constitucional (*Stato Costituzionale – Verfassungsstaat*), Gustavo Zagrebelsky. *Il diritto mine – Legge, diritti, giustizia*. 13. ed. ristampa. Torino: Einaudi, 2005. p. 20-56; sobre o seu impacto sobre o conceito de jurisdição, Luiz Guilherme Marinoni. *Curso de processo civil – Teoria geral do processo*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 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. tir. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 276-286.

3. Amplamente, Humberto Ávila. *Teoria dos princípios jurídicos – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

4. Mauro Barberis. *Stato costituzionale*. Modena: Mucchi Ed., 2012. p. 66-71.

de outras normas – os postulados normativos.⁵ 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.⁶ Abundam estatutos, legislações especiais e instrumentos infralegais que concorrem para disciplina da vida social.⁷ O ordenamento jurídico adquire feição complexa.⁸ 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 consequências legais (técnica casuística), ora empregando termos indeterminados, com ou sem previsão de consequências 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 consequências jurídicas legalmente previstas; as segundas, como espécies normativas em que há previsão de termo indeterminado no suporte fático e não há previsão de consequências jurídicas no próprio enunciado legal.⁹

A terceira mudança atine ao significado da interpretação jurídica e, no fundo, à 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-jurídicos¹⁰ à vista do caráter não cognitivista e lógico-argumentativo do Direito.¹¹ 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”.¹² 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 destinatários.¹³ 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 concreto.¹⁴ O Direito deixa de ser um objeto total e previamente dado que o jurista tem de simplesmente comhecar para ser uma “harmoniosa composição entre atividades semânticas e argumentativas”.¹⁵

É fácil perceber, portanto, a razão pela qual a doutrina aponta um eloquente 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)¹⁶ para a vocação do nosso tempo para jurisdição (vocazione del nostro tempo per la giurisdizione)¹⁷ – ou, mais precisamente, para o processo.¹⁸ A partir dessa passagem, o processo civil passou a responder não só pela necessidade

10. Humberto Ávila. *Teoria dos princípios jurídicos...* cit., p. 33-34; Riccardo Guastini. *Lezioni di teoria del diritto e dello stato*. Torino: Giappichelli, 2006. p. 101.
11. Pierluigi Chiassoni. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 147.
12. Humberto Ávila. *Segurança jurídica – Entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 138.
13. Eros Roberto Grau. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. E isso por conta da equívocidade dos textos jurídicos, que podem dar azo a “interpretazioni sincronicamente confliggenti e diacronicamente mutevoli” (Riccardo Guastini. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 413).
14. Sobre a diferença das relações entre legislação e jurisdição no Estado Legislativo e no Estado Constitucional, Luiz Guilherme Marinoni. *Curso de processo civil...* cit., p. 21-139; Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero. *Curso de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 123-131, vol. I.
15. Humberto Ávila. *Segurança jurídica...* cit., p. 254.
16. Friedrich Carl von Savigny. *Vom Beruf unser Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Mohr und Zimmer, 1814.
17. Nicola Picardi. *La Vocazione del Nostro Tempo per la Giurisdizione*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2004.
18. Sobre a passagem da jurisdição ao processo como polo metodológico do processo civil, Daniel Mitidiero. *Colaboração no processo civil – Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 48-50.

5. 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...* cit., p. 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 Michelon. *Princípios e coerência na argumentação jurídica*. In: Ronaldo Porto Macedo Júnior e Catarina Helena Cortada Barbieri (coords.). *Direito e interpretação – Racionalidades e instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 274.

6. Clóvis do Couto e Silva. *O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro*. In: Vera Fradera (org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 11-31; Judith Martins-Costa. *A boa-fé no direito privado* cit., p. 169-270.

7. Sobre a decodificação e a recodificação (a partir do eixo constitucional), Natalino Irti. *L'età della decodificazione*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1999, e *Codice civile e società politica*. 7. ed. Roma: Laterza, 2005.

8. Riccardo Guastini. *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano: Giuffrè, 1998. p. 163-164.

9. Amplamente, Judith Martins-Costa. *A boa-fé no direito privado* cit., p. 273-348.

de resolver casos concretos mediante a prolação de uma *decisão justa para as partes*,¹⁹ mas também pela promoção da *unidade do direito* mediante a formação de *precedentes*.²⁰ Daí que o processo civil no Estado Constitucional tem por função dar *tutela aos direitos*²¹ 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 geral.²²

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 de que essa se consubstancie em uma *ordem* realmente idônea para *tutela dos direitos*. Somente a partir dessa *dúpla perspectiva* é que se mostra possível distribuir adequadamente as competências entre as cortes judiciárias no Estado Constitucional.

1. A dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica como fundamentos do Estado Constitucional

A República Federativa do Brasil constituiu-se em um Estado Democrático de Direito fundado na dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF/1988). Nessa condição, consubstancia-se em um Estado Constitucional, sintética e expressiva fórmula,²³ sendo o “Estado de Direito” e o “Estado Democrático” seus dois corações

políticos.²⁴ No que agora interessa, importa ter presente que, como Estado de Direito, funda-se na segurança jurídica (art. 1.º, caput, da CF/1988). Dignidade da pessoa humana e segurança jurídica são dois *princípios fundamentais* da nossa ordem jurídica.²⁵ Ambos estão coordenados para promoção da viabilização da *liberdade* e da *igualdade*, verdadeiros fins do Estado Constitucional.

Esses dois princípios fundamentam a organização de um processo destinado a 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 *dúpla 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 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 a ordem jurídica e a sociedade civil como um todo. Solidariamente implicados,

grebelsky. *Il diritto mite...* Op. cit., p. 39-50, e Paolo Ridola. *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*. Torino: Giappichelli Editore, 2010, p. 22.

24. José Joaquim Gomes Canotilho. *Diritto costituzionale e teoria da costituzione*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 98-100.

25. Quanto à dignidade da pessoa humana, Ingo Sarlet. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 81-90; quanto à segurança jurídica, Humberto Ávila. *Segurança jurídica...* cit., p. 201-244. De resto, observe-se que a qualificação como princípio fundamental não exclui a possibilidade de a dignidade da pessoa humana funcionar igualmente como regra (Ingo Sarlet. *Dignidade da pessoa humana...* cit., p. 87) e de a segurança jurídica manifestar-se também como outra espécie normativa (Humberto Ávila. *Segurança jurídica...* cit., p. 669-670). Nada obsta a que tenhamos coexistência de “espécies normativas em razão de um mesmo dispositivo” (Humberto Ávila. *Teoria dos princípios jurídicos...* cit., 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...* cit., p. 85; Humberto Ávila. *Segurança jurídica...*, p. 250).

19. Michele Taruffo. *Idee per una teoria della giusta decisione. Sui confini – Scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 219-234.

20. Amplemente, Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

21. Apontando a tutela dos direitos como fim do processo civil, Vittorio Denti. *La giustizia civile – Lezioni introduttive* (1989). 2. ed. Bologna: Il Mulino, 2004, p. 115-117; Andrea Proto Pisani. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4. ed. Napoli: Jovene Editore, 2002, p. 5-6; Luiz Guilherme Marinoni. *Tutela Inibitória*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 363-373; *Curso de processo civil...* cit., p. 240-241, vol. I; Daniel Mitidiero. *Antecipação da tutela – Da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 54-55.

22. Mesmo que alçando mão de outros termos e cuidando apenas e especificamente do problema da atuação da *Corte de 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, p. 90-91).

23. 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 Za-

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”²⁶ e funciona ao mesmo tempo como “valor-fonte do ordenamento jurídico”,²⁷ fundamento e medida do Estado de Direito e de inúmeros direitos fundamentais.²⁸ No que agora interessa, a colocação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental do Estado Constitucional impõe como “tarefa”²⁹ 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”.³⁰ 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. 1.º, III, da CF/1988), 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

26. Ingo Sarlet. *Dignidade da pessoa humana...* cit., 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 corresponsável 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” (Idem, p. 73).

27. 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 coautoria com Gerson Branco.

28. Sobre as relações entre dignidade da pessoa humana, Estado de Direito e direitos fundamentais, Ingo Sarlet. *Dignidade da pessoa humana...* cit., p. 91-140; *A eficácia dos direitos fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 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. p. 218-251.

29. Sobre a caracterização da dignidade da pessoa humana como “límite e tarefa do Estado, da comunidade e dos particulares”, Ingo Sarlet. *Dignidade da pessoa humana...* cit., p. 131-140.

30. José Joaquim Gomes Canotilho. Op. cit., p. 225.

não meio da atividade estatal”.³¹ Vale dizer: constitui a “pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”.³²

A maneira como a nossa Constituição foi ordenada é extremamente significativamente nesse particular. Pela primeira vez em nosso constitucionalismo, a Constituição inicia arrolando “princípios fundamentais” (arts. 1.º a 4.º, da CF/1988) para logo em seguida proclamar “direitos e garantias fundamentais” (arts. 5.º a 17, da CF/1988). Somente depois de cuidar da *pessoa e de seus direitos* é que a Constituição se ocupa da “organização do Estado” (arts. 18 a 43, da CF/1988) e da “organização dos poderes” (arts. 44 a 135, da CF/1988). 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*.³³

A segurança jurídica consubstancia-se ao mesmo tempo em fundamento do Estado Constitucional e função que deve ser por ele desempenhada³⁴ 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”).³⁵ A segurança jurídica é um *princípio instrumental* que visa à *efetiva atuabilidade dos direitos*,³⁶ sem a qual inexistiria o *império da juridicidade* inerente ao Estado Constitucional.³⁷

Dado o caráter *não cognitivista e lógico-argumentativo* do Direito,³⁸ o que o coloca em uma situação de permanente desenvolvimento e superabilidade

31. Ingo Sarlet. *Dignidade da pessoa humana...* cit., p. 79-80.

32. Jorge Miranda. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. p. 180, t. IV.

33. Sobre a dignidade da pessoa humana como critério substancial de legitimidade, Ingo Sarlet. *Dignidade da pessoa humana...* cit., p. 92.

34. Antonio Enrique Pérez Luño. *La seguridad jurídica*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1994. p. 27-28.

35. Neil MacCormick. *Rhetoric and the rule of law – A theory of legal reasoning*. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 16.

36. Caracterizando a segurança jurídica como um princípio instrumental ligado à realização dos direitos, Humberto Avila. *Segurança jurídica...* cit., p. 265.

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

38. Neil MacCormick. *Rhetoric and the rule of law...* cit., p. 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

(*defeasibility*),³⁹ a segurança jurídica deve ser compreendida como *conoscibilità-de, confiabilità, calculabilità e efetividade* do Direito.⁴⁰ É certo que houve um tempo em que bastava ver a segurança jurídica como “determinação normativa” e “garantia de conteúdo” do Direito.⁴¹ 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 (unívoco e determinado) significato delle disposizioni legislative”.⁴² Com a derrocada desse modo *cognitivist* de entender o Direito em favor de uma solução não *cognitivist* e lógico-argumentativa, a segurança jurídica passou a constituir a *dinâmica* “controlabilidade semântico-argumentativa” e “garantia de respeito” do Direito.⁴³

A segurança jurídica é um princípio que impõe em primeiro lugar a *cognoscibilità* do Direito. É preciso viabilizar o *conhecimento* e a *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 polissêmica⁴⁴ – 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 adoção de *critérios racionais* e

³⁹ *suma*, significa interpretar argumentativamente (Riccardo Guastini. *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè, 2004. p. 7).

³⁹ Neil MacCormick. *Rhetoric and the rule of law*... cit., p. 53 e, mais longamente, p. 237-253; Riccardo Guastini. *Interpretare e argomentare* cit., p. 42-43.

⁴⁰ É a tese de Humberto Ávila. *Segurança jurídica*... cit., p. 250-256.

⁴¹ Idem, p. 272.

⁴² Riccardo Guastini. *Interpretare e argomentare* cit., p. 409-412; Pierluigi Chiassoni. *Tecnica dell'interpretazione giuridica* cit., p. 143.

⁴³ Humberto Ávila. *Segurança jurídica*... cit., p. 272.

⁴⁴ 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. p. 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 juizes. Com isso, Hart acaba retirando consequências 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 Tarullo. *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980. p. 27; Riccardo Guastini. *L'interpretazione dei documenti normativi* cit., p. 64-66; *Interpretare e argomentare* cit., p. 39-44; Pierluigi Chiassoni. *Tecnica dell'interpretazione giuridica* cit., p. 56.

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 consequências* 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 *cognitivist* 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. Isso porque a segurança jurídica é também segurança da *própria inviolabilidade* do Direito⁴⁵ – ou segurança da efetiva prevenção de ameaças e repressão de violações ao 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 jurídica.⁴⁶

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 triplíce mudança do Direito na passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional, essa combinação aponta para a necessidade de o processo se estruturar 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

45. Helmut Coing. *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 5. ed. Berlin: Gruyter, 1993. p. 145 (há tradução para o português, *Elementos fundamentais da filosofia do direito*. Trad. de Elisete Antoniuk. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 2002).

46. Tudo conforme Humberto Ávila. *Segurança jurídica*... cit., p. 249-279. Especificamente sobre a efetividade como elemento do conceito de segurança no processo civil, Daniel Mitidiero. *Antecipação da tutela*... cit., p. 62-63.

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 material.⁴⁷ Sendo a ação uma decorrência do direito subjetivo – e o ponto máximo (*Hohepunkt*) desse modo de pensar típico de Oitocentos é a conhecida elaboração de Friedrich Carl von Savigny sobre as *materielle Aktionenrechte*,⁴⁸ seu verdadeiro coroarmento (*Krönung*) e fim (*Abschluß*)⁴⁹ –, restava absolutamente coerente com essa doutrina uma *orientação acentuatadamente privatista e individualista* a respeito dos fins do processo.⁵⁰

A transformação da “procedura” em “direito processuale civile”⁵¹ foi acompanhada 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

47. Por exemplo, como observa Riccardo Orestano, as *Pandectae* 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. *Enciclopedia Giuridica*. Milano: Giuffrè, 1959. p. 790, vol. IV).

48. Em seu clássico *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Veit und Comp., 1841. t. V, Savigny, depois de definir a “Klage” (p. 4-11), arrola as “Arten der Klagen” (p. 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.

49. Knut Wolfgang Nörr. *Zur historischen Schule im Zivilprozess – und Aktionenrecht. Iudicium est Actum Trium Personarum*. Goldbach: Keip Verlag, 1993. p. 84-86.

50. 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...* cit., p. 33-34.

51. Salvatore Satra. *Direito processuale civile. Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1964. p. 1101, 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 – Con-*

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.⁵²

Adolf Wach – “il maggiore dei tre illustri giuristi a cui la Germania deve la formazione della sua moderna scienza processuale”⁵³ – é firme em asseverar: “é incorreto afirmar a finalidade subjetiva do processo”⁵⁴ (*es ist unrichtig, den Prozessszweck subjektiv zu fassen*), pertencendo esse aos domínios do “direito público”⁵⁴ (*öffentliches Recht*). Daí que “a finalidade do processo, diferentemente, é sempre a única e a mesma: a realização da justiça mediante o exercício da jurisdição”⁵⁵ (*der Prozesszweck aber bleibt stets ein und derselbe: die Wahrung der Gerechtigkeit durch Übung 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”⁵⁶ – *Ist der Zweck der Gesetzesauslegung Klarstellung des Gesetzeswillens*), 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*”.⁵⁷ Mais demoradamente, Chiovenda observa que “o processo civil é o complexo de gli 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”.⁵⁸ Calamandrei observa igualmente que o “scopo del processo (anche

solidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo novecento. Milano: Giuffrè, 2012. p. 39-128.

52. 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 Zivilprozeß recht*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005.

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

54. *Idem*, p. 115.

55. *Idem*, p. 5.

56. *Idem*, p. 267.

57. Giuseppe Chiovenda. *Del sistema negli studi del processo civile. Saggi di Diritto Processuale Civile (1894-1937)*. Milano: Giuffrè, 1993. p. 230, vol. I.

58. 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”.

del processo civile) è l'attuazione del diritto oggettivo"⁵⁹. Acrescenta, no entanto, que essa discussão seria mais bem situada no campo do "scopo della giurisdizione, ossia a proposito dello scopo che si propone 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 'pubblicistica' del processo civile, in difesa della quale ha lavorato la dottrina italiana di quest'ultimo trentennio".⁶⁰

A doutrina da época tinha plena consciência da virada conceitual por ela mesma realizada. Refletindo sobre a passagem da doutrina italiana do *método exegeticó* 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 (1.ª ediz. 1906, 4.ª ediz. 1928) e più tardi nelle Istituzioni (1.ª ediz., 1933-34, 2.ª 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".⁶¹ 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 più esclusivamente un 'affare delle parti' ma un luogo in cui si esprime l'autorità dello Stato; esso non mira solo alla tutela di interessi privati, ma realizza l'interesse pubblico all'amministrazione della giustizia; il perno del processo non è più l'iniziativa delle parti, ma la funzione del giudice. In sintesi, il processo non è più visto come una forma in cui si esplica l'autonomia privata nell'esercizio dei diritti, ma come uno strumento che lo Stato mette a disposizione dei privati in vista dell'attuazione della legge".⁶² O processo civil converte-se integralmente em um instrumento de orientação publicista e "statalística".⁶³

59. Piero Calamandrei. Istituzioni di diritto processuale civile (1941). In: Mauro Cappelletti (org.). *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano Editore, 1970. p. 73, vol. IV.

60. Piero Calamandrei. *Istituzioni di diritto processuale civile* cit., p. 73.

61. Piero Calamandrei. *Gli studi di diritto processuale in Italia nell'ultimo trentennio* (1941). In: Mauro Cappelletti (org.). *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano Editore, 1965. p. 524, vol. I.

62. Michele Taruffo. *La giustizia civile in Italia dal 700 a oggi*. Bologna: Il Mulino, 1980. p. 188.

63. Michele Taruffo. Sistema e funzione del processo civile nel pensiero di Giuseppe Chiovenda. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1986. p. 1148, continuação da nota de rodapé n. 69.

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 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 na centrada. Qualquer teoria que veja como fim do processo civil a aplicação da "Gesetzswillens", 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 civil.⁶⁴ 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",⁶⁵ sem, no entanto, perder de vista o seu caráter autônomo. Nada obstante a "interdependência tra diritto sostanziale e diritto processuale"⁶⁶ 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 "eccessi pubblicistici"⁶⁷ do seu período de formação e apontar para necessidade de a tutela dos direitos consistir 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 juizes em suas decisões. Por isso, a

64. Nessa linha, por todos, Luiz Guilherme Marinoni. *Tutela inibitória* cit., p. 363-373; *Curso de processo civil...* cit. p. 240-241, vol. I.

65. Adolfo di Majo. *La tutela civile dei diritti*. 4. ed. Milano: Giuffrè, 2003. p. 5.

66. Andrea Proto Pisani. *Op. cit.*, p. 5.

67. 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.

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 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 sociedade.⁶⁸ *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*.

A formação de uma decisão justa para 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 processo.⁶⁹ 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 dialógica do processo⁷⁰ – desde a sua formação até a sua extinção⁷¹ – 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 decisão,⁷² dado que o *escopo* da justificação está justamente em conduzir a partir daí a um grau significativo de aceitação da decisão.⁷³

No plano atinente à adequada verificação das alegações de fato, ganha importância a colocação da verdade como objetivo da prova.⁷⁴ Trata-se de pressuposto ético inafastável da conformação do direito ao processo justo.⁷⁵ Como as alegações de fato concernem ao *mundo natural*, o processo adquire uma “dimensão epistêmica”⁷⁶ e a prova passa a ser um instrumento racional para o seu conhecimento. A verdade deve ser compreendida a partir da ideia de *correspondência*, de modo que uma proposição é verdadeira se ela corresponde à realidade.⁷⁷ 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 realidade.⁷⁸ *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 justo.⁷⁹ 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*

72. Humberto Ávila. *Teoría dos principios jurídicos...* cit., p. 26.

73. Por todos, Enrico Dicitotti. *Interpretazione della legge e discorso razionale*. Torino: Giappichelli, 1999. p. 68-73.

74. Michele Taruffo. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 1-66; *La semplice verità – Il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma: Laterza, 2009. p. 74-134 (há tradução disponível em português, *Uma simples verdade – O juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vítor 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.

75. Daniel Mitidiero. *Colaboração no processo civil...* cit., p. 108. Ainda, sobre as relações entre prova e verdade, verossimilhança e probabilidade e sobre os modos de aferição da verdade no processo civil, Daniel Mitidiero. *Antecipação da tutela...* cit., p. 95-111.

76. Michele Taruffo. *La semplice verità* cit., p. 135-192.

77. Michele Taruffo. *La prova dei fatti giuridici* cit., p. 36-38.

78. Michele Taruffo. *La semplice verità* cit., p. 83.

79. 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: Ed. RT, 2012. p. 615-681, em coautoria com Ingo Sarlet; ainda, Sérgio Mattos. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

68. Daniel Mitidiero. Fundamentação e precedente – Dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*. vol. 206. p. 61-78. São Paulo: Ed. RT, 2012. Uma ideia semelhante pode ser encontrada em Pierluigi Chiassoni. *La Giurisprudenza Civile – Metodi d’interpretazione e Tecniche Argomentative*. Milano: Giuffrè, 1999. p. XXII-XIII, para quem a sentença pode ser objeto de não menos do que cinco tipos de análise (estrutural, normativa endoprocessual, normativa extraprocessual, funcional e argumentativa). No que agora interessa, a análise normativa endoprocessual parte da sentença como *decisum* e a análise normativa extraprocessual como *ratio decidendi*.

69. Michele Taruffo. *Idee per una teoria della giusta decisione* cit., p. 224.

70. Alvaro de Oliveira. *Do formalismo no processo civil – Proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 159.

71. Daniel Mitidiero. *Colaboração no processo civil...* cit., p. 119-173.

from evidence” ou “evaluation of conflicting pieces of evidence”) inerentes às disputas judiciais.⁸⁰ 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 judiciais⁸¹ – donde é possível aferir 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 precedentes.⁸² E isso porque é tarefa do precedente reduzir o âmbito de equívocidade 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”.⁸³ Vale dizer: constitui “um requisito elementar de justiça” tratar “casos iguais de modo igual e não de modo arbitrariamente diferente”.⁸⁴ Compreendida na perspectiva do Estado Constitucional, essa

80. Neil MacCormick. *Rhetoric and the rule of law...* cit., p. 27; Humberto Ávila. *Segurança jurídica...* cit., p. 274.

81. Assim, Giovanni Tarello. *L'interpretazione della legge* cit., p. 67-75; Riccardo Guastini. *Interpretare e argomentare* cit., p. 34; Pierluigi Chiassoni. *Tecnica dell'interpretazione giuridica* cit., p. 11. Sobre o problema na perspectiva da teoria do direito, Pierluigi Chiassoni. *Tecnica dell'interpretazione giuridica* cit., p. 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, 2012, Orientador Professor Doutor Danilo Knijnik.

82. Entre outros, na doutrina brasileira, Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes obrigatórios* cit.; Luiz Guilherme Marinoni (coord.). *A força dos precedentes*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012; José Rogério Cruz e Tucci. *Precedente judicial como fonte do direito*. São Paulo: Ed. RT, 2004; Teresa Arruda Alvim Wambier. *Precedentes e evolução do direito*. In: _____ (coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Ed. RT, 2012; 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 Tarantio. *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: Noeses, 2012; Otávio Motiata. *Precedente e jurisprudência no Estado Constitucional brasileiro*. In: Daniel Mitidiero (coord.). *O processo civil no Estado Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 263-320.

83. Rupert Cross e J. W. Harris. *Precedent in english law* (1991). 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 3.

84. Cláudio Michelon. Princípios e coerência na argumentação jurídica cit., p. 282.

lição remete-nos automaticamente ao reconhecimento da vigência da regra do stare decisis entre nós⁸⁵ 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 *transformative* 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 sistema.⁸⁶ É imprescindível, portanto, um adequado discurso ligado à teoria dos precedentes judiciais.

Mas não é só. Na verdade, por baixo da questão ligada ao precedente judicial pulsa o problema de radical importância atinente ao apropriado delineamento do papel das cortes judiciais, isto é, ao *dimensionamento das adequadas funções que devem ser por elas desempenhadas no Estado Constitucional*. E é exatamente por essa razão que não é possível teorizar frutiferamente o processo civil longe dos problemas atinentes à organização judiciária.⁸⁷ Para que o processo civil tenha condições de ser um instrumento idôneo para tutela dos direitos tanto em uma dimensão particular como geral, é imprescindível o exame do papel das cortes judiciais no Estado Constitucional.

3. Os tribunais como Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes

Uma adequada organização das cortes judiciais em determinada organização judicial é de fundamental importância por inúmeras razões. Duas, no entanto, merecem desde logo menção. A uma, desde uma perspectiva interna, uma adequada distribuição das competências entre as cortes judiciais promove a *economia processual* ao viabilizar a *racionalização da própria atividade judiciária*. Importa que os tribunais trabalhem apenas na medida em que necessário o seu trabalho para consecução dos fins a que se encontram vinculados do ponto de vista da estrutura

85. Hermes Zaneti Júnior. *Processo constitucional – O modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 252.

86. Esboçar uma teoria do precedente judicial está fora do escopo do presente trabalho. Os conceitos mencionados, no entanto, foram brevemente trabalhos por nós no ensaio *Fundamentação e precedente...* cit., p. 68-75. Sobre o assunto, com amplo recurso às fontes, Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes Obrigatórios* cit.

87. Vittorio Denti. *Dottrine del processo e riforme giudiziarie tra illuminismo e codificazioni. Un progetto per la giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 1982. p. 113-114. Especificamente sobre a ligação entre precedentes e organização judiciária, Sidnei Beneti. *Doutrina de precedentes e organização judiciária*. In: Luiz Fux, Nelson Nery Júnior e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords.). *Processo e Constituição – Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 473-487.

judiciária. *É preciso que as cortes trabalhem menos para que trabalhem melhor.*⁸⁸ A duas, desde uma perspectiva externa, a *tempestividade da tutela jurisdicional*, já que a abertura de determinadas instâncias judiciárias – que obviamente consome tempo para o seu percurso – só se justifica à luz do escopo para que foram pensadas dentro da organização dos tribunais.

Seja do ponto de vista daqueles que *integram o sistema judiciário*, seja do ponto de vista daqueles para os quais *esse existe*, é fácil perceber, portanto, que o *ponto crucial para uma idônea organização das cortes judiciárias está centrado na função que essas devem desempenhar na ordem jurídica*. Vale dizer: o parâmetro a partir do qual é possível aferir a *pertinência de determinadas atividades* desempenhadas pelas cortes – e, bem assim, analisar o *grau de adequação da respectiva estruturação* – está na perfeita individualização do escopo que essas devem perseguir.

É claro, no entanto, que esse escopo não é assinalado às cortes por elas mesmas. Não é a organização judiciária que impõe a si mesma a finalidade que tem de ser por ela buscada – *é o direito processual civil que o faz*. E sendo a finalidade do processo civil no Estado Constitucional dar tutela aos direitos, é natural que esse fim seja o mesmo perseguido pelas cortes encarregadas de aplicá-lo. Assim, a questão está em saber se todas as cortes que integram o sistema judiciário devem promover concomitantemente a tutela dos direitos nas suas duas dimensões ou se, do contrário, deve haver uma distribuição interna de tarefas entre os tribunais que integram a Justiça Civil.

A solução que melhor atende à necessidade de economia processual e tempestividade da tutela jurisdicional é a que partilha a tutela dos direitos em dois níveis judiciários distintos, correspondentes às duas dimensões da tutela dos direitos. O ideal é que apenas determinadas cortes sejam vocacionadas à prolação de uma decisão justa e que outras cuidem tão somente da formação de precedentes. Assim, uma organização judiciária ideal parte do pressuposto da necessidade de uma cisão entre cortes para decisão justa e cortes para formação de precedentes – ou, dito mais sinteticamente, entre Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes.

Trata-se, de resto, de uma distinção normalmente traçada pela doutrina, que reconhece basicamente duas funções às cortes: (i) resolver controvérsias (“resolution of disputes”) e (ii) enriquecer o estoque de normas jurídicas (“enrichment of the supply of legal rules”).⁸⁹ Vale dizer: (i) prolatar decisões justas – e efetivá-las

adequadamente, em sendo o caso – e (ii) dar unidade ao direito mediante a formação de precedentes. Em um sistema que distribui adequadamente as tarefas entre as cortes que integram a Justiça Civil, pode-se dizer que os *órgãos jurisdicionais ordinários* devem cuidar da produção de *decisões justas*, sendo responsabilidade dos *órgãos jurisdicionais extraordinários* a promoção da *unidade do Direito* mediante a formação de precedentes.⁹⁰ De resto, essa é razão pela qual é possível afirmar que rigorosamente “le vere ‘corti di precedente’ sono le corti supreme”.⁹¹

É claro que, em ambos os níveis, o material com que trabalham os juízes é muito semelhante – o processo civil, sendo meio para tutela dos direitos, depende sempre da afirmação de um caso sobre o qual discordam as partes a respeito da adequada solução. A distinção se estabelece, porém, nas diferentes maneiras com que os *casos ganham relevo e colocam-se no influxo da atividade das cortes*. Quando a corte está pré-ordenada para tutela dos direitos mediante decisão justa, a *interpretação normativa é meio para obtenção do fim justa decisão do caso*. Do contrário, quando está direcionada para tutela do direito mediante precedente, o *caso concreto é apenas um meio* – um verdadeiro “pretexto”⁹² – para *formulação da adequada interpretação das normas nele*

fiction and, sometimes, the development of the law, whether the doctrine of stare decisis is formally recognised or not, is by now banal”. De um ponto de vista geral, ainda, é muito comum apontar o escopo de “social control” (Martin Shapiro. *Courts – A comparative and political analysis*. Chicago: University of Chicago Press, 1986. p. 17), desempenhando as Cortes significativo papel no campo da “politics” (Herbert Jacob. *Introduction. Courts, law, and politics in comparative perspective*. New Haven: Yale University Press, 1996. p. 8-9, sobre o assunto, ainda, Gordon Silverstein. *Imbalance of powers – Constitutional interpretation and the making of american foreign policy*. Oxford: Oxford University Press, 1997; Diana Kapiszewski, Gordon Silverstein e Robert Kagan. *Consequential courts – judicial roles in global perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013). A consideração dessa dimensão do tema, contudo, escapa ao presente trabalho, na medida em que deslocaria em demasiado o campo da pesquisa para o terreno do direito constitucional e, em especial, ao problema do ativismo e da autocontenção judicial.

90. Sobre o assunto, Daniel Mididero. Por uma reforma da justiça civil no Brasil – Um diálogo entre Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Ovídio Baptista e Luiz Guilherme Marinoni. *Revista de Processo*. vol. 199, São Paulo: Ed. RT, 2011.

91. Michele Taruffo. Precedente e giurisprudenza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 718. A propósito, essa é a razão pela qual o clássico *Interpreting statutes – A Comparative Study*. Aldershot: Dartmouth, 1991, coordenado por Neil MacCormick e Robert Summers, é centrado sobre a “operative interpretation”, e, especificamente, sobre a “interpretation in the Higher Courts” (Zenon Bankowski, Neil MacCormick, Robert Summers e Jerzy Wróblewski. *On method and methodology*. In: Neil MacCormick e Robert Summers (coords.). *Interpreting statutes – A comparative study*. Aldershot: Dartmouth, 1991. p. 11-16). Não por acaso, a esse trabalho seguiu-se o igualmente clássico *Interpreting precedents – A comparative study*. Aldershot: Dartmouth, 1997, também coordenado por Neil MacCormick e Robert Summers.

92. Michele Taruffo. Il controllo del diritto e del fatto in cassazione. *Il vertice ambiguo – Saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991. p. 123; Vittoria Barsotti. *L arte di*

88. Michele Taruffo. Linee per una riforma della cassazione civile. *Il vertice ambiguo – Saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991. p. 173.

89. Melvin Eisenberg. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 4. Aliás, como refere J. A. Jolowicz. The role of the Supreme Courts at the national and international level. In: Pelayia Yessiou-Faltsi (coord.). *The role of the Supreme Courts at the national and international level – Reports for the Thessaloniki International Colloquium*. Thessaloniki: Sakkoulas Publications, 1998. p. 39, “the observation that the decisions of Supreme Courts contribute to the law in one way or another by interpretation, the clari-

envolvidas. E são justamente essas *diferentes direções* que podem ser estabelecidas entre o caso e suas dimensões fático-normativas que justificam a divisão de tarefas entre as Cortes de Justiça e as Cortes de Precedentes. Tendo diferentes funções, é natural que se valham igualmente de diferentes meios para bem desempenhá-las.

4. O problema do adequado perfil das Cortes de Precedentes. Das Cortes Superiores às Cortes Supremas – Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente

Alinhada a finalidade do processo civil como meio para tutela dos direitos em uma dimensão particular e geral com uma adequada distribuição das funções das cortes judiciárias, dois problemas surgem para consideração.

O primeiro deles diz respeito à caracterização das cortes judiciárias que se encontram no vértice da Justiça Civil. É possível pensá-las em *dois grandes modelos*: o de *Cortes Superiores* e o de *Cortes Supremas*, cada qual com seus pressupostos *conceituais, estruturais, funcionais e eficaciais* pertinentes. Sumariamente, as *Cortes Superiores* estão vinculadas a uma *compreensão cognitivista do Direito*, a jurisdição é entendida como *simples declaração de uma norma pré-existente* e o escopo está em *controlar a decisão recorrida mediante uma jurisprudência uniforme*, sem que as *razões* expendidas pelos juízes possam ser consideradas como *fontes primárias do Direito*. As *Cortes Supremas* estão vinculadas a uma *compreensão não cognitivista e lógico-argumentativa do Direito*, a jurisdição é entendida como *reconstrução e outorga de sentido a textos e a elementos não textuais da ordem jurídica* e o escopo consiste em *dar unidade ao Direito mediante a formação de precedentes*, entendidas as *razões* adotadas nas decisões como *dotadas de eficácia vinculante*.

O segundo concerne ao enquadramento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça em algum desses dois modelos. Se quisermos ter cortes judiciárias de vértice compatíveis com a maneira como o Direito é entendido hoje e que tenham condições de desempenhar suas altas funções de modo racional, é fundamental compreendê-las como um *todo orgânico* – isto é, desde uma perspectiva pensada a partir de *modelos coerentes*.

Daí que se torna imprescindível enfrentar inicialmente o tema ligado à caracterização dos *modelos de cortes* para posteriormente bem dimensionar o *Supremo Tribunal Federal* e o *Superior Tribunal de Justiça* dentro dessas coordenadas conceituais. Fora desses quadrantes dificilmente a Justiça Civil conseguirá dar adequada, efetiva e tempestiva tutela aos direitos nas *duas dimensões* exigidas pelo Estado Constitucional.

tacere – strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti. Torino: Giappichelli, 1999. p. 292; André Tunc. *La Cour Suprême idéale*. In: André Tunc e Pierre Bellet (coords.). *La Cour Judiciaire Suprême – Une enquête comparative*. Paris: Economica, 1978. p. 437.

Parte II

O Modelo de Cortes Superiores

A Corte Superior – tomada como um *modelo de corte de vértice* da organização judiciária – caracteriza-se por pressupor, do ponto de vista da teoria do direito, a identificação entre *texto, norma e regra jurídica*, a adoção da *teoria cognitivista da interpretação judicial* e a assunção da *declaração da norma jurídica pré-existente* que rege o caso concreto levado a juízo pelas partes como tarefa da jurisdição. Estruturalmente, a Corte Superior é formada exclusivamente por membros da *carreira judiciária*, sendo competente para *controlar a legalidade de todas as decisões* a ela submetidas. A função que a Corte Superior desempenha é *reativa*, de modo que visa a controlar a aplicação da legislação *caso a caso* realizada pelos *juizes ordinários*, preocupando-se apenas com o *passado*. Essa função é desempenhada mediante a interposição de *recurso pela parte interessada*, cabível em *todos os casos* em que afirmada uma *violação à legislação* pela decisão judicial recorrida, sendo o *recurso um direito subjetivo da parte* e uma manifestação da tutela do *ius litigatoris*. O objetivo da Corte Superior é controlar a aplicação da legislação de modo que se imponha, para todos os casos, a *exata interpretação da lei*, formando-se a partir de *reiteradas decisões* no mesmo sentido uma *jurisprudência uniforme*. A jurisprudência uniforme serve como *meio* pelo qual a Corte pode desempenhar a sua função de controle da legalidade da decisão recorrida. A eficácia das decisões da Corte Superior é *restrita às partes* do caso concreto, *não constituindo jurisprudência fonte primária do Direito*. Como simples declaração particularizada de uma norma pré-existente, as decisões da Corte Superior têm eficácia *ex tunc*, não constituindo sua *uniforme aplicação para o passado* caso de violação à segurança jurídica, mas antes lógica imposição da norma que prevê a igualdade de todos perante a lei.

1. A Corte Superior e a tutela da legalidade. Pressupostos teóricos

A *estrutura* e a *função* do modelo de Corte Superior, bem como a *eficácia* atribuível às suas decisões, não podem de modo algum ser bem compreendidas senão à luz de certos *pressupostos teóricos* concernentes à *teoria das normas*, à *teoria da interpretação judicial* e às *relações que se estabelecem entre a legislação e a jurisdição*, os quais outorgam os elementos indispensáveis para delimitação de seu *conceito*. É da conjugação desses *pressupostos teóricos* que se mostra viável perceber a existência de um *“intreccio coerente de ideias-guia che si implicano e si connotano”*¹ para formação desse modelo de corte.

1. Michele Taruffo. “La Corte di Cassazione e la Legge”, *Il Vertice Ambiguo – Saggi sulla Cassazione Civile*. Bologna: Il Mulino, 1991. p. 73.

Esse modelo pressupõe em primeiro lugar a assunção dos dogmas da *estatalidade* e da *completude* do Direito, típicos da grande maioria das construções conceituais da cultura jurídica europeia de Setecentos e Oitocentos.² Em segundo lugar, a compreensão da teoria da *interpretação judicial* como uma atividade puramente *lógico-intelectual de descoberta do significado exato e objetivo da norma legislativa*, igualmente própria da cultura jurídica de Oitocentos.³ Em terceiro lugar, uma particular concepção a respeito da *teoria da separação dos poderes*,⁴ cuja origem pode ser ligada ao ciclo constitucional francês do final de Setecentos,⁵ com profunda penetração em toda a sua vasta área de influência.

A afirmação da *estatalidade* do Direito é obra da cultura jurídica de Setecentos⁶ e encontra sua primeira concretização no que atine ao processo civil ainda nos Seiscentos – com a elaboração e promulgação do emblemático *Code Louis* (1667).⁷ Procede-se aí à identificação do Direito a partir da sua origem: o Direito necessariamente decorre da autoridade do Estado. Já a afirmação da *completude* da ordem jurídica é fruto típico de Oitocentos. Na França, por exemplo, o dogma da completude deriva da leitura realizada pela *Ecole de l'Exégese do Code Napoléon* (1804).⁸ O Direito passa a ser compreendido como um sistema coerentemente completo. Em ambos os casos, o caldo cultural em que se inserem estatalidade e completude da ordem jurídica é aquele da superação do *particularismo jurídico* e da afirmação da *codificação* como a forma ideal para identificação, organização e concentração do Direito.⁹

2. Amplamente, Giovanni Tarello. *Storia della Cultura Giuridica Moderna – Assolutismo e Codificação*. Bologna: Il Mulino, 1976. p. 18-22 e 28-34; Franz Wieacker. *História do Direito Privado Moderno* (2. ed., 1967), trad. António Manuel Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 279-395.
3. Riccardo Guastini. *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 409, nota n. 6.
4. Michele Taruffo. “*La Corte di Cassazione e la Legge*”... cit., p. 73-74; Andrea Panzarola. *La Cassazione Civile Giudice del Merito*. Torino: Giappichelli, 2005, p. 149-150 e 206-209, tomo I.
5. José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 92-97; Ingo Sartel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 49-51, em coautoria com Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero.
6. Pierluigi Chiassoni. *L'Indirizzo analitico nella filosofia del diritto*. I. *Da Bentham a Kelsen*. Torino: Giappichelli, 2009. p. 59.
7. Sobre o assunto, amplamente, Nicola Picardi. “*Introduzione allo Code Louis, Ordonnance Civile, 1667*”. In: PICARDI, Nicola; GIULIANI, Alessandro (coords.). *Testi e Documenti per la Storia del Processo*. Milano: Giuffrè, 1996.
8. Mario Cattaneo. *Illuminismo e Legislazione*. Milano: Edizioni di Comunità, 1966. p. 151. Sobre a Escola da Exegese em geral, Giovanni Tarello. *La scuola dell'esegesi e la sua diffusione in Italia. Cultura giuridica e politica del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1988. p. 69-101; Alf Ross. *Theorie der Rechtsquellen* (1929). Darmstadt: Aalen, 1989. p. 34-74.
9. Giovanni Tarello. *Storia della Cultura Giuridica Moderna – Assolutismo e Codificação*. Bologna: Il Mulino, 1976. p. 28-34. Nessa linha, as Cortes Superiores visam igualmente à superação do correlato “*particularismo delle giurisdizioni*” (conforme Gino Goria. “I

Em geral, a cultura jurídica de Oitocentos, em parte por influência da *Ecole de l'Exégese*, em parte por influência da *Begriffsjurisprudenz*, identificava o Direito com o texto da legislação e o processo de sua produção e reconhecimento com um processo abstrato e puramente lógico-dedutivo,¹⁰ sendo resultado dessas opções a tendência da ciência jurídica a um alheamento da sua matriz cultural.¹¹ Em especial, no terreno da *teoria da norma jurídica*, partia-se da *sinonímia entre texto, norma e regra*, pressupondo-se a identificação entre texto e norma¹² e assimilando-se toda norma a uma regra que facultava ou determinava certa conduta diante de uma dada situação. Os *princípios* não tinham caráter normativo e, portanto, funcionavam apenas como *fundamentos* para normas.¹³

No campo da *interpretação jurídica*, o modelo de Corte Superior pressupõe uma teoria da interpretação *cognitivista* – também conhecida como “*formalista*”¹⁴ ou simplesmente como “*formalismo interpretativo*”.¹⁵ Vale dizer: interpretar significa *descobrir o significado intrínseco ao texto normativo*, incorporado e pré-existente à interpretação. Trata-se de um ato de *puro conhecimento*. Nessa linha, a interpretação tem como objetivo *declarar a única, exata, objetiva e correta interpretação da lei*.¹⁶ Como observa a doutrina, as teses centrais da teoria cognitivista podem ser assim

Tribunali Supremi degli Stati Italiani Preunitari quali Fattori della Unificazione del Diritto nello Stato e della sua Uniformazione fra Stati” (1977), *Diritto Comparato e Diritto Comune Europeo*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 583).

10. Assim, Vittorio Villa. *Una Teoria Pragmaticamente Orientata dell'Interpretazione Giuridica*. Torino: Giappichelli, 2012. p. 79-87. Sobre a Escola da Exegese, Mario Cattaneo. *Illuminismo e Legislazione*. Milano: Edizioni di Comunità, 1966. p. 143-164; Pierluigi Chiassoni. *L'Indirizzo Analitico nella Filosofia del Diritto*. I. *Da Bentham a Kelsen*. Torino: Giappichelli, 2009. p. 243-274; sobre a Jurisprudência dos Conceitos, Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito* (6. ed. alemã de 1991), tradução de José Lamego, 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. p. 21-44.
11. Franz Wieacker. *História do Direito Privado Moderno* (2. ed., 1967), tradução de António Manuel Hespanha. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1992. p. 458; Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito* cit., p. 29.
12. Conforme observa Riccardo Guastini. *Interpretare e Argomentare* cit., p. 409-410, a propósito da teoria normativa subjacente à teoria cognitivista da interpretação.
13. Humberto Ávila. *Teoria dos Princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 64-65.
14. Riccardo Guastini. *Interpretare e Argomentare* cit., p. 409. Todavia, segundo Enrico Diciotti. *Verità e Certezza nell'Interpretazione della Legge*. Torino: Giappichelli, 1999. p. 78 e 202-218, é possível que uma determinada teoria da interpretação seja ao mesmo tempo *cognitivista e não formalista*, como entende Enrico Diciotti ser o caso de Ronald Dworkin. A observação de Diciotti é endossada por Riccardo Guastini. *Interpretare e Argomentare* cit., nota n. 5.
15. Michele Taruffo. “*La Corte di Cassazione e la Legge*”... cit., p. 74; Marino Bin, *Il Precedente Giudiziaro – Valore e Interpretazione*. Padova: Cedam, 1995, pp. 88-108.
16. Riccardo Guastini. *Interpretare e Argomentare* cit., p. 143.

resumidas: i) toda norma tem um *significado intrínseco*, implícito, mas *objetivamente dado*; ii) a atividade do intérprete consiste em *individualizar e tornar explícito* esse significado; iii) eventual problema interpretativo, ou a existência de mais de um significado atribuível ao mesmo enunciado normativo, resolve-se pela *individualização do verdadeiro significado* e descarte dos demais significados, que por consequência são *falsos*; iv) o método interpretativo é *lógico-dedutivo* e *exclui qualquer valoração e escolha discricionária* do intérprete; e v) o juiz interpreta a norma a fim de declarar o seu significado implícito objetivamente existente, *sem em nenhum momento realizar qualquer escolha valorativa*, e aplica *dedutivamente* a norma ao fato.¹⁷

Para obtenção desse resultado, a atividade do intérprete deve empregar em geral os elementos *gramatical, lógico, histórico e sistemático* (os quatro clássicos elementos interpretativos apresentados no *System* por Savigny).¹⁸ A adequação desses critérios resulta do fato de a teoria cognitivista pressupor a *norma como texto* (gramatical), *como obra racional do legislador* (lógico e histórico – sendo daí oriunda a importância atribuída aos *travaux préparatoires*)¹⁹ e como dotada de um *sentido global* (sistemático).²⁰ A finalidade da atividade interpretativa é a descoberta do significado do texto normativo, que é dado previamente à interpretação, sendo a sua aplicação um ato puramente lógico-dedutivo, cujo *verdadeiro centro* está res-
trito à *conclusão do silogismo judicial*, isto é, *circunscrito ao dispositivo da decisão*.

Esse modo de compreender a interpretação jurídica teve uma influência muito significativa na formação do direito processual civil e, muito especialmente, presidiu o modo como, por exemplo, foram concebidas a *Cour de Cassation* francesa e a *Corte di Cassazione* italiana.²¹ Não por acaso, essa forma de encarar a interpretação

jurídica subjaz às conhecidas fórmulas que estão na base da *Cour de Cassation* (cuja função é cassar toda decisão que contenha uma “*contravention expresse au texte de la loi*”²²) e da *Corte di Cassazione* (cuja função é velar pela “*esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge, l’unità del diritto oggettivo nazionale*”²³).

A teoria cognitivista da interpretação jurídica é sem dúvida um dos pontos de contato capazes de amalgamar Adolf Wach e Piero Calamandrei, juristas de inegável importância para formação do direito processual civil. Essa constatação ganha ainda maior relevo no que se refere a Calamandrei, na medida em que a sua doutrina determinou fortemente os rumos da *Corte di Cassazione* italiana,²⁴ cujos traços podem ilustrar em grande medida o nosso modelo de Corte Superior.

Wach afirma que “a teoria da interpretação jurídica – hermenêutica jurídica – é uma teoria da declaração do conteúdo da lei”²⁵ (*die Theorie der Gesetzesauslegung (juristische Hermeneutik) ist die Lehre von der Feststellung des Gesetzeshaltes*), sendo “somente para fazer conhecer o Direito, não para criá-lo”²⁶ (*soll das Recht zur Erkenntnis, nicht zur Entstehung gebracht werden*). Interpretar significa declarar o sentido que “é imanente da lei”²⁷ (*Gesetze immanent ist*). Sendo a “finalidade da

di Cassazione”, *Il Vertice Ambiguo – Saggi sulla Cassazione Civile*. Bologna: Il Mulino, 1991. p. 159; Silvia Sonelli. *L’Accesso alla Corte Suprema e l’Ambito del suo Sindacato – Un Contributo al Dibattito sulla Cassazione Civile in Ottica Comparatistica*. Torino: Giappichelli, 2001. p. 109-110; Luiz Guilherme Marinoni. *O STJ enquanto Corte de Precedentes*. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 23-52).

22. Como consta do artigo 3.º do Decreto de 27 de novembro de 1790, conforme Silvia Sonelli, *L’Accesso alla Corte Suprema...* cit., p. 139. Ademais, como observa Gino Gorla, a expressão “*contravention expresse au texte*” significa nesse contexto “*contravention à un texte exprès ou précis de la loi*”, estando também nessa locução presente, portanto, a noção de *precisão* ou *exatidão* do significado do texto normativo (Gino Gorla. “*I Precedenti Storici dell’art. 12 Disp. Prel. Cod. Civ.*” (1969). *Diritto Comparato e Diritto Comune Europeo*. Milano: Giuffrè, 1981. p. 459-464).

23. Como consta do artigo 65 da *Legge sull’Ordinamento Giudiziario*, de 1941. A fórmula precedente, do artigo 122 da *Legge Organica Unitaria sull’Ordinamento Giudiziario*, de 1865, falava igualmente na função da *Cassazione* como manutenção da “*esatta osservanza delle leggi*”, conforme notícia Michele Taruffo, “*La Corte di Cassazione e la Legge*”... cit., p. 61.

24. Conforme Vittorio Denti, “*Calamandrei e gli Studi sul Processo Civile*”, *Sistemi e Riforme – Studi sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 1999. p. 103; Michele Taruffo. “*La Corte di Cassazione e la Legge*”... cit., p. 61; Silvia Sonelli. *L’Accesso alla Corte Suprema...* cit., p. 196; Andrea Panzarola, *La Cassazione Giudice di Merito*. Torino: Giappichelli, 2005, p. 206, tomo I.

25. Adolf Wach. *Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1885, p. 254.

26. Idem, p. 255.

27. Idem, p. 258.

17. Michele Taruffo, “*La Corte di Cassazione e la Legge*”... cit., p. 75. Embora o assunto desdorde do tema ora enfrentado, é oportuno lembrar que é esse mesmo contexto teórico e, em especial, a adoção da teoria cognitivista da interpretação, que autoriza a compreensão do *direito ao contraditório* como *mera bilateralidade da instância* e o *dever de motivação* como *simples exposição do raciocínio judicial que levou à decisão*, afirmando-se a suficiência da extensão da motivação a partir de um *critério puramente intrínseco*. Sobre o assunto, com as devidas indicações bibliográficas, Daniel Mitidiero, *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 87-103 e p. 149-156; *Antecipação da Tutela – Da Tutela Cautelar à Técnica Antecipatória*. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 115-120 e p. 145-151.

18. Carl Friedrich von Savigny. *System des heutigen römischen Rechts*. Berlin: Veit und Comp., 1840, p. 213, tomo I; Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito* cit., p. 16.

19. Vittorio Villa. *Una Teoria Pragmaticamente Orientata dell’Interpretazione Giuridica*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 83. Para uma crítica, Francisco Laporta. *El Imperio de la Ley – Una Visión Actual*. Madrid: Editorial Trotta, 2007. p. 175.

20. Enrico Dicitotti. *Interpretazione della Legge e Discorso Razionale*. Torino: Giappichelli, 1999. p. 383-450.

21. Trata-se, na verdade, de orientação comum às cortes judiciais de vértice de Oitocentos da tradição romano-canônica (Michele Taruffo, “*Funzioni e Problemi Attuali della Corte*

interpretação da lei a declaração da sua vontade”²⁸ (*Zweck der Gesetzesauslegung Klarstellung des Gesetzwillens*), decorre daí que “o Tribunal é a boca, e não um ‘bocal’, da lei”²⁹ (*das Gericht ist der Mund, nicht das ‘Mundstück’ des Gesetzes*) e que “a vontade da lei formulada em abstrato torna-se concreta com a sentença. O seu conteúdo deve ser, portanto, a expressão dessa vontade, da vontade da lei”³⁰ (*der abstrakt ausgesprochene Wille kommt im Urtheil zum konkreten Ausdruck. Sein Inhalt muss demnach Willensausdruck, Ausdruck des Gesetzwillens sein*).

Na mesma linha, escrevendo a respeito da formação da sentença civil, observa Calamandrei que em todos os momentos, “através de i quali passa sucessivamente il giudice nel formare la sua sentenza, gli strumenti del suo ragionamento consistono esclusivamente in giudizi logici”³¹. Assim, quando “il giudice, raccolti gli elementi che dovrà valutare nella fase decisoria, si dispone a trarre da essi la sua decisione, egli deve svolgere nel suo pensiero una serie di attività meramente intellettuali ed interne, che costituiscono nel loro concatenamento logico il momento caratteristico della sua funzione, cioè, il giudizio, il cui risultato sarà poi espresso in quell’atto esterno, conclusivo del processo, che è la sentenza”³². Alguns anos antes, também Alfredo Rocco chega à idêntica conclusão: “l’operazione, per cui, data una norma generale, si determina quale è la condotta che deve seguire nel caso concreto il singolo sottoposto alla norma, è una pura operazione logica”³³. É evidente aqui a influência de Wach – não só pelas inúmeras notas de rodapé nesses estudos que remetem aos seus trabalhos, mas também pela crença, própria à *Begriffsjurisprudenz*, no âmbito da qual Adolf Wach deve ser alocado,³⁴ de que a formação do sistema jurídico e das soluções jurídicas ocorrem por simples operações lógicas.³⁵

Essa particular maneira de entender, expressar e interpretar o Direito deve ser entendida ainda no quadro mais amplo das relações entre as funções do Estado. Vale dizer: no âmbito da teoria da *separação dos poderes*. Nessa perspectiva, a redução do Direito à legislação e a compreensão da interpretação como ato de simples conhecimento levam a uma organização política que vê no legislador o criador da norma, encarregado da redação do texto e da outorga de sentido, e no juiz um simples

28. *Idem*, p. 267.

29. *Idem*, p. 9.

30. *Idem*, p. 9.

31. Piero Calamandrei. “La Genesi Logica della Sentenza Civile” (1914). In: CAPPELLETTI, Mauro (org.), *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano Editore, 1965. p. 51, vol. I.

32. Piero Calamandrei. *La Cassazione Civile ... cit.*, p. 34, vol. VII.

33. Alfredo Rocco. *La Sentenza Civile – Studi* (1906), ristampa. Milano: Giuffrè, 1962, p. 30.

34. Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito cit.*, p. 40.

35. *Idem*, p. 21-44. Para uma ampla análise do tema, Carlo Nitsch. *Il Giudice e la Legge – Consolidamento e Crisi di un Paradigma nella Cultura Giuridica Italiana del Primo Novecento*. Milano: Giuffrè, 2012. p. 73-128.

aplicador mecânico da normapré-existente. Em uma consagrada expressão: simples “*bouche de la loi*”.³⁶ Com isso, busca-se resguardar não só a supremacia democrática do Parlamento diante do Poder Judiciário, mas também o direito legislado de teorias doutrinárias que veem no juiz um órgão capaz de criar livremente o Direito no caso concreto partindo do seu sentimento de justiça³⁷ (como as Escolas da *libre recherche scientifique*³⁸ e da *Freirechtbewegung*³⁹).

O modelo de Corte Superior, portanto, assume como pressuposto teórico a existência de uma verdadeira e própria norma legislativa pré-existente ao momento da aplicação judicial, cuja função está em simplesmente declarar a sua exata interpretação. A tarefa da interpretação judicial está na descoberta desse significado, intrínseco ao texto legislativo. Daí a compreensão da Corte Superior como uma Corte voltada para tutela da legalidade – aí entendida como controle da exata interpretação da norma pré-existente e unívoca outorgada pelo legislador.

2. A estrutura do modelo de Cortes Superiores

Nessa linha, a Corte Superior dá azo a uma particular conformação da relação entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo e da relação entre os próprios membros do Poder Judiciário. Entre os poderes, a Corte Superior ocupa a posição de tutela do legislador contra os juizes, estabelecendo-se aí uma clara relação de oposição. Com esse desenho, o modelo de Corte Superior acaba alimentando uma contraposição entre a magistratura ordinária e a magistratura superior, o que acarreta uma forte

36. Como observam Michele Taruffo. “Cassazione e Revisione: un Problema nella Storia delle Istituzioni Giudiziarie” cit., p. 47, Andrea Panzarola, *La Cassazione Civile Giudice del Merito*. Torino: Giappichelli, 2005, p. 206, tomo I, e Riccardo Guastini, *Interpretare e Argomentare cit.*, p. 420, sempre com alusão à clássica expressão de Montesquieu. Para uma ampla crítica, Ovídio Baptista da Silva, *Jurisdição e Execução de Montesquieu. Para -Canônica*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1997. p. 102-133; *Processo e Ideologia – O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 84-150; Luiz Guilherme Marinoni. *Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 21-139, vol. I.

37. Piero Calamandrei. *La Cassazione Civile cit.*, p. 50-51 e 55-56, vol. VII.

38. De que notório expoente François Geny. *Méthode d’Interprétation et Sources en Droit Privé Positif: Essai Critique*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1919, tomos I e II (a 1.ª edição do primeiro tomo é de 1889).

39. Em geral, apontam-se como autores ligados à Es cola do Direito Livre na sua vertente germânica Oskar Bülow. *Gesetz und Richteramt*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1885, Eugen Ehrlich. *Frei Rechtsfindung und frei Rechtswissenschaft*. Leipzig: C. L. Hirschfeld, 1903, Herman Kantorowicz. *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Winter, 1906, e Hermann Isay. *Rechtsnorm und Entscheidung*. Berlin: F. Vahlen, 1929, conforme as observações de Karl Larenz. *Metodologia da Ciência do Direito cit.*, p. 77-83. Sobre o assunto, ainda, Vittorio Villa. *Una Teoria Pragmaticamente Orientata dell’ Interpretazione Giuridica*. Torino: Giappichelli, 2012. p. 94-97.

della Corte non è dissimile da quella che, sia pure in minor misura, hanno tutte le sentenze, quando siano ben fatte”.⁶⁶

Isso quer dizer que, nesse modelo, o *dissenso jurisprudencial*, no fundo, é positivo, porque *colabora no desenvolvimento do Direito*. Toda organização judiciária está legitimada para formação da jurisprudência, ainda que o preço dessa *profusa participação* seja a sua *dispersão*. É que, na verdade, o que importa é que *ao final do processo* seja *unificada a jurisprudência pelo controle das decisões judiciais* mediante recurso para corte de vértice. Uma Corte Superior, portanto, *encara com naturalidade a existência do dissenso jurisprudencial e a divergência de julgados*, porque *ao final tudo contribui para formação da jurisprudência e tudo tende a ser unificado* pela sua atuação de controle sobre as decisões. É por essa razão que a unidade do Direito nesse modelo ou não é importante ou chega mesmo a ser encarada como um “*disvalore*”⁶⁷ dentro do sistema de distribuição da Justiça. Se a função da Corte Superior é reativa, de controle de decisões judiciais, focada no recurso interposto pela parte para solução do seu caso concreto, é claro que pouco importa a uniformidade da jurisprudência para além de um parâmetro de controle que deve ser empregado pela *própria* Corte Superior. Antes, assumir a função da Corte como uma função desvinculada do controle do caso concreto, isto é, com um papel ligado à interpretação judicial paradigmática capaz de vincular as demais instâncias, estanca o influxo “*vivificante*” que a “*interpretazione giurisprudenziale*” exerce sobre o Direito, sendo por isso mesmo *contraproducente* e nessa medida *indesejável*.

A função de nomoflaquia própria à Corte Superior, portanto, está intimamente vinculada com o *controle da legalidade das decisões judiciais* tendo como parâmetro uma *jurisprudência uniforme*. Isso quer dizer que um *mecanismo essencial* para o seu funcionamento é o *recurso da parte* interessada nesse controle. Como a dispersão na jurisprudência é natural e até bem-vinda nesse modelo de corte, a unificação da jurisprudência só pode ocorrer *caso a caso* a partir do momento em que a parte interessada *efetivamente interpõe o recurso* para Corte Superior a fim de incitá-la ao controle da legalidade da decisão recorrida. Para que a Corte Superior funcione, *ela tem de necessariamente examinar e pronunciar-se sobre todos os recursos para ela interpostos*.

Daí que é perfeitamente compreensível, diante desse modelo, que o *direito ao recurso à Corte Superior* seja concebido como um *verdadeiro direito subjetivo da parte*⁶⁸ – isto é, o recurso como *jus litigatoris*,⁶⁹ voltado “*innanzi tutto*” para “*tutela della posizione sostanziale dedotta in lite*”⁷⁰ – e que seja com ele geneticamente incompatível

a existência de *filtros recursais e de técnicas de julgamento em bloco* de recursos. Se a função da Corte Superior é uma função de controle de legalidade das decisões judiciais, é natural que suas portas se abram *para todos os casos* em que a parte afirme a existência de uma violação à lei pela decisão recorrida e que a sua função só possa ser realizada de maneira completa com o *exame de todos os recursos* a ela interpostos.⁷¹ O reconhecimento de direito subjetivo ao recurso à Corte Superior para as partes à vista da simples afirmação de uma violação à legislação, portanto, funciona como um componente de fundamental importância para o adequado funcionamento do modelo. E isso porque, sem recurso, não há como controlar a legalidade das decisões judiciais das instâncias ordinárias: funciona aí o “*interesse privato a servizio dell'interesse pubblico*”.⁷²

Do fato de o recurso à Corte Superior ser encarado como um direito subjetivo da parte, respondendo ao *jus litigatoris*, ressaí que a atividade de controle da Corte acaba se circunscrevendo às hipóteses em que a parte interpõe efetivamente o recurso e restringindo-se aos *fundamentos recursais* por ela apontados. A Corte tem seu julgamento condicionado à vontade e ao interesse da parte. Assim é que, por exemplo, a cognição da Corte é restrita aos *erros* apontados pela parte,⁷³ sem que possa aproveitar de modo algum o caso levado ao seu conhecimento para – *a partir dele* – se pronunciar sobre uma questão jurídica importante não impugnada no recurso pela parte, mas eventualmente presente no caso submetido ao seu exame. Permitir uma pronúncia dessa ordem desmentiria não só o escopo de controle de legalidade que a Corte Superior exerce sobre *questões decididas*, mas infirmaria também a concepção do recurso como direito da parte, cujos limites se circunscrevem necessariamente às *questões impugnadas*. Por igual razão, eventual *desistência do recurso* pela parte interessada *impede a apreciação da questão* impugnada pela Corte Superior. A Corte Superior, por assim dizer, *não tem o controle* da sua própria atuação.

4. A eficácia das decisões da Corte Superior: a uniformização da jurisprudência como meio de controle da decisão recorrida e declaração do direito da parte. A Corte Superior como Corte de jurisprudência, a igualdade perante a lei e a segurança jurídica como prévia determinação do sentido normativo. A eficácia para o passado

Sendo a Corte Superior uma corte de controle da legalidade das decisões judiciais a partir de uma jurisprudência uniforme, produto de reiterada declaração do exato e intrínseco significado do texto da lei, cuja função é reativa e vinculada ao caso concreto, é absolutamente coerente conceber suas *decisões como dotadas*

66. Elio Fazzalari. *Il Giudizio Civile di Cassazione*. Milano: Giuffrè, 1960. p. 208.

67. Michele Taruffo. “Funzioni e Problemi Attuali della Corte di Cassazione”... cit., p. 165.

68. Piero Calamandrei. *La Cassazione Civile*... cit., p. 148, vol. VII.

69. Como observa Michele Taruffo, “*La Corte di Cassazione e la Legge*”... cit., p. 66.

70. Elio Fazzalari. *Il Giudizio Civile di Cassazione*. Milano: Giuffrè, 1960. p. 209.

71. Elisabetta Silvestri. “*Corti Supreme Europee: Accesso, Filtri e Selezione*”. *Le Corti Supreme*. Milano: Giuffrè, 2001, p. 114.

72. Piero Calamandrei. *La Cassazione Civile*... cit., p. 131 e 138, vol. VII.

73. Idem, p. 154-158, vol. VII.

exclusivamente de eficácia inter partes, sem qualquer influência para além do recurso decidido e sem qualquer efeito vinculante para casos futuros. Isso se deve ao fato de, a uma, do ponto de vista de seus pressupostos teóricos, a Corte Superior apenas declarar uma norma pré-existente ao decidir e, a duas, do ponto de vista de sua função, encontrar-se pré-ordenada tão somente para o controle da legalidade das decisões judiciais mediante recurso da parte interessada.

A teoria cognitivista da interpretação pressupõe a existência de um significado normativo unívoco incorporado ao texto legislativo, sendo função da jurisdição apenas declará-lo visando à disciplina do caso concreto. Nessa perspectiva, partindo do pressuposto de que a norma é um elemento já dado pelo próprio legislador e que a sua interpretação não implica reconstrução do seu sentido e verdadeira decisão – no seu sentido próprio de escolha – por parte do juiz, é claro que a decisão judicial e, mais propriamente, as razões que a justificam não podem ter qualquer impacto na ordem jurídica. Nessa linha, como simples reproduções transparentes das normas legisladas, as decisões judiciais não têm qualquer valor adicional para o ordenamento jurídico. O valor da decisão judicial é tão somente o valor que dela retira da legislação, sendo simples particularização de uma norma abstrata para uma situação concreta. A jurisprudência nessa linha não constitui fonte primária do Direito.

Como criar a norma é tarefa do legislador, que o faz redigindo enunciados legais, a atribuição de qualquer valor diferente daquele já outorgado à leis razões adotadas pela Corte Superior para decidir um caso representa clara invasão de competência do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário, consubstanciando-se em evidente violação à regra da separação dos poderes. Rigorosamente, em semelhante contexto conceitual, as razões adotadas pela Corte Superior sequer podem ser consideradas frutos de verdadeiras decisões e nem mesmo podem ser tidas como integrantes do “vero atto giurisdizionale”,⁷⁴ que está somente na parte dispositiva da decisão judicial;⁷⁵ sendo essa um ato simplesmente lógico-dedutivo, não há espaço para verdadeira escolha do intérprete capaz de representar um efetivo juízo na sua fundamentação.

Importa ter presente, a propósito, que a limitação da cognição da Corte Superior às questões de direito conjugada com a circunscrição da verdadeira decisão judicial à parte dispositiva acarreta a neutralização da importância das questões de fato na composição do caso concreto e, portanto, no quadro geral da atividade forense,⁷⁶ e a neutralização da importância da fundamentação das decisões judiciais como verdadeiro juízo sobre questões fático-jurídicas.⁷⁷ Essa dupla neutralização revela-se tanto

na tendência à compreensão da jurisprudência à luz tão somente do resultado do julgamento da causa como na sua condensação em enunciados abstratos redigidos sem qualquer alusão ao contexto fático que deu lugar à solução da causa – de que exemplos notórios as máximas italianas, os assentos portugueses e as súmulas brasileiras.⁷⁸ Se o que interessa para a Corte Superior é o controle reativo e retrospectivo do caso decidido, sem qualquer preocupação com casos futuros, pouco importa a precisa identificação das bases fáticas do julgamento a fim de que se possam decidir analogamente casos idênticos ou similares. Como as decisões da Corte Superior não têm eficácia *ultra partes* e nem força vinculante, basta que se possa enunciar, no dispositivo, um comando concreto capaz de reger o caso particular das partes.

A doutrina que dá sustentação a esse modelo é muito clara a respeito do assunto. Adolf Wach afirma expressamente que “se a lei atribui a um tribunal supremo a faculdade de interpretar com força vinculante para os tribunais inferiores, essa está concedendo ao tribunal em realidade uma função legislativa” (“*Legt das Gesetz einem höchsten Gericht die Befugniss bei, bindend für die niederen Gerichte das Gesetz zu interpretiren, so wird demselben damit thatsächlich eine gesetzgeberische Funktion eingeräumt*”).⁷⁹ Da mesma forma, Calamandrei observa que toda vez que o juiz “pretenda di servirsi del suo potere di comando per emanare norme generali da valere anche per l'avvenire, oltre il concreto caso controverso”, esse estará incorrendo em clara “*usurpazione del potere legislativo*”.⁸⁰ Partindo-se desses pressupostos teóricos, a atribuição de força normativa às decisões judiciais acarreta a transformação do juiz em legislador. Não por acaso, Calamandrei, ao criticar o sistema de precedentes, assevera explicitamente que esse “*denatura*” a interpretação judicial justamente porque “*trasforma il giudice in legislatore*”.⁸¹ Eis at um “*punto centrale*”⁸² do modelo de Corte Superior: a negativa de força vinculante às razões judiciais.

78. Eduardo Oreiza. “A Função das Cortes Supremas na América Latina. História, Paradigmas, Modelos, Contradições e Perspectivas”, Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 202, n. 187. Traçando um interessante paralelo entre as súmulas e as máximas italianas, Naira Posenato, “*Il Nuovo Ruolo della Giurisprudenza delle Corti Superiori Brasiliane*”. In: Barsotti, Vittoria; Varano, Vincenzo (coords.), *Il Nuovo Ruolo delle Corti Supreme nell'Ordine Politico e Istituzionale – Dialogo di Diritto Comparato*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, pp. 162-166.

79. Adolf Wach. *Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts*. Leipzig: Duncker & Humblot, 1885, p. 255.

80. Piero Calamandrei. *La Cassazione Civile – Disegno Generale dell'Istituto* (1920). In: Cappelletti, Mauro (org.). *Opere Giuridiche*. Napoli: Morano Editore, 1976, p. 53, vol. VII.

81. Piero Calamandrei. *La Cassazione Civile...* cit., p. 83, vol. VII.

82. A observação é de Gino Gorla, feita em tom crítico a propósito da clássica obra de Calamandrei, “*L'Uniforme Interpretazione della Legge e i Tribunali Supremi*” (1976), *Diritto Comparato e Diritto Comune Europeo*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 536.

74. Piero Calamandrei. *La Cassazione Civile...* cit., p. 66, vol. VII.

75. Como observa igualmente Pierluigi Chiassoni. *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto. I. Da Bentham a Kelsen*. Torino: Giappichelli, 2009, p. 116.

76. Michele Taruffo. “Precedente e Giurisprudenza”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2007, pp. 712-713.

77. Michele Taruffo. *La Motivazione della Sentenza Civile* cit., p. 162-170.

A função de tutela da legalidade contra a decisão judicial recorrida própria à Corte Superior também autoriza o reconhecimento da *eficácia limitada* que as suas decisões têm nesse modelo.⁸³ Sendo o recurso para Corte Superior parte do *jus litigatoris* e manifestação de exercício de direito processual erigido no interesse do exame do caso concreto, não sendo a interpretação normativa a finalidade subjacente à atuação da Corte, mas simples meio para controle da legalidade da decisão, *então a eficácia da decisão deve ficar circunscrita necessariamente ao exame da decisão recorrida*. Como a uniformidade da jurisprudência é simples meio para atuação do escopo de controle da decisão, *a eficácia da decisão da Corte adere aos limites evidenciados pelas necessidades ligadas tão somente ao caso*, dimensionadas de seu turno apenas pela função de tutela da legalidade *contra a decisão judicial objeto do recurso*.

Nesse contexto, em que a *jurisprudência* significa apenas a reiterada manifestação de uma Corte em um dado sentido e que a sua *uniformidade* serve apenas como meio de controle de legalidade das decisões recorridas e para tutela do *jus litigatoris*, a eficácia das decisões prolatadas pela Corte Superior *não extrapola de modo algum os limites do caso concreto e do processo em que debatido*. Assim, as decisões da Corte contam apenas com eficácia *inter partes*, não tendo a jurisprudência, por si só, força vinculante. A eficácia da decisão é para o *passado*, visando a controlar uma decisão judicial já prolatada e já submetida a crítica da parte por meio de recurso. A decisão da Corte Superior tem como objetivo controlar a legalidade da decisão recorrida *ex post*, cuja eficácia tem o condão de debelar uma violação à legislação já perpetrada, evidenciada pela violação à *jurisprudência uniforme* da Corte.

É perfeitamente compreensível e compatível com esse caldo de cultura, portanto, a ênfase na *igualdade de todos perante a lei* e na *segurança jurídica como pré-determinação do sentido da lei* como meios *suficientes e idôneos* para observância do Estado de Direito. Se a tarefa do Poder Judiciário cifra-se a declarar uma norma já existente encarnada na legislação, cujo sentido é unívoco, e se a Corte Superior apenas tutela a legalidade contra as decisões judiciais, *é claro que basta para manutenção da igualdade e da segurança erigir a lei como parâmetro de controle suficiente para obtenção desses escopos*. E mais: como a igualdade e a segurança são garantidas exclusivamente pela uniformidade do sentido intrínseco e unívoco da lei, o modelo de Corte Superior incentiva uma *atuação individualista do juiz* e um conseqüente *baixo sentimento de unidade institucional* do Poder Judiciário.⁸⁴ Bastando a *unidade na legislação*, torna-se rigorosamente *indiferente* ao modelo a existência ou não de *unidade na jurisdição*.

De um lado, a crença no fato de a lei já incorporar um sentido unívoco ao seu texto, e, de outro, a compreensão da segurança jurídica em uma perspectiva

estática, como uma “determinação absoluta e prévia de conteúdos normativos”⁸⁵ independentemente do processo de interpretação, *guiou a lei ao posto de exclusivo garante da igualdade e da segurança jurídica*. Sendo o resultado da interpretação judicial apenas a declaração de uma norma legislada pré-existente, *qualquer tentativa de outorgar eficácia vinculante às razões adotadas pela Corte Superior para decidir não tem nenhum sentido, sendo superabundante, tautológica e pleonástica*. Se a lei é capaz de manter a igualdade e a segurança no plano geral e abstrato, não há nenhum motivo para se preocupar com essas mesmas questões diante das decisões judiciais.

É claro, no entanto, que a Corte Superior pode *diacronicamente* alterar o seu entendimento a respeito da *exata interpretação da lei*, concluindo pelo *equivoco* da jurisprudência anteriormente firmada. Nesse caso, como o pressuposto teórico assumido pelo modelo é o de que a *norma legal é sempre anterior à sua interpretação judicial* e de que a jurisprudência é simples declaração do único sentido intrínseco ao texto, o novo entendimento judicial é *imediatamente aplicável* a todos os casos em curso levados à Corte Superior, com eficácia *ex tunc*. Partindo-se desses pressupostos teóricos, a aplicação imediata da jurisprudência uniforme superveniente aos casos em curso *não representa hipótese de retroatividade normativa* e, portanto, de violação à segurança jurídica. Pelo contrário, constitui aplicação da segurança jurídica como observância do *prévio e exato conteúdo semântico do texto normativo* para todos os casos, servindo nessa linha inclusive para realização da igualdade de todos perante a lei.

Pode ocorrer, ainda, de um órgão jurisdicional inferior *sincronicamente aplicar a lei de um modo contrastante* com aquele constante da *jurisprudência uniforme* da corte de vértice, adquirindo a *decisão dissonante* eventualmente qualidade de *coisa julgada*. Como nesse contexto teórico a interpretação da lei admite *apenas uma única resposta correta*, surge o problema de *convivência* dentro do mesmo sistema

85. Humberto Ávila. *Segurança Jurídica – Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 122-123. Como observa, com razão, Humberto Ávila, “quanto ao conhecimento do Direito, há dois entendimentos que podem ser, para fins didáticos, estremados. De um lado, pode-se sustentar que a segurança jurídica demanda a capacidade de o cidadão poder entender, com exatidão, o conteúdo normativo das normas, quer gerais, quer individuais. É nesse sentido que se fala em determinação e certeza (absoluta) do Direito ou em ‘univocidade de resultados’. É igualmente nesse sentido que parte da doutrina – especialmente os primeiros estudos de Kelsen e os trabalhos de Frank – qualifica a segurança jurídica como uma ‘ilusão’, um ‘mito’ ou uma ‘quimera’. É também nessa acepção que a doutrina – notadamente a tributária, mas também a administrativa – se refere ao princípio da legalidade ‘estrita’ ou tipicidade material ‘cerrada’ como uma determinação absoluta e prévia de conteúdos normativos. A melhor expressão para exprimir esse sentido é, portanto, ‘determinação’ (*Bestimmtheit*), como a total capacidade de conhecimento de conteúdos normativos. O Direito – para usar uma ênfática expressão de Frank – está ‘pronto (*ready-made*)’, preexiste às decisões judiciais”. Esse modo de entender a segurança jurídica, como igualmente ensina Humberto Ávila, está vinculado a uma compreensão unívoca (p. 146-148) e objetivista – cognitivista – do Direito (p. 152).

83. Piero Calamandrei. *La Cassazione Civile...* cit., p. 148-150, vol. VII.

84. Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes Obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 64-67; John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo. *The Civil Law Tradition*. 3. ed. Stamford: Stanford University Press, 2007. p. 34-38.

jurídico de duas decisões judiciais diferentes transitadas em julgado fundadas em uma única e unívoca legislação à luz da necessidade de igualdade e de segurança na ordem jurídica. A rigor, idêntico problema coloca-se também nos casos de *variação diacrônica da jurisprudência* da Corte Superior diante dos casos por ela julgados em momento anterior à modificação de seu entendimento.

É exatamente para esses casos que os sistemas jurídicos em geral preveem formas de *rescisão da coisa julgada* dentro de um determinado lapso temporal mediante *ação impugnativa autônoma* e, dentre os motivos para tanto, arrolam a *violação à legislação*. Tendo-se como base, a uma, uma teoria da interpretação que admite apenas uma única resposta correta, sendo, portanto, todas as outras eventualmente adotadas erradas, e, a duas, a necessidade de *a lei ser igual e previamente determinada* para todos, é compreensível que semelhante meio de rescisão da coisa julgada seja admissível para fazer com que o julgado dissonante corresponda à jurisprudência uniforme, *pouco importando a existência ou não de controvérsia jurisprudencial a respeito da exata interpretação da norma legislada no momento de formação da coisa julgada*. Se a interpretação judicial consiste na declaração de uma norma pré-existente, objetivamente dada pelo legislador com sentido unívoco, uma vez uniformizado o exato entendimento que deve ser dado à norma, *é natural que todas as decisões sejam controladas a partir desse parâmetro, mesmo aquelas prolatadas e transitadas em julgado eventualmente em momento anterior à uniformização da jurisprudência*.

A teoria cognitivista da interpretação, portanto, autoriza a imposição do exato significado da norma uniformizado pela jurisprudência mesmo à coisa julgada formada em momento anterior em nome da *igualdade e da segurança jurídica*. Se o significado da norma está incorporado e é imanente ao texto, *não há que se falar propriamente em retroação da jurisprudência nessa hipótese*. Nesse caso a norma sempre existiu – e, portanto, já existia com o mesmo conteúdo previamente à uniformização da jurisprudência e à formação da coisa julgada – e apenas a sua *exata identificação é que pode ser considerada posterior*. Sendo, no entanto, a jurisprudência meramente declaratória de uma norma pré-existente – seja à exata e uniforme interpretação, seja ao momento de formação da coisa julgada exposta à rescisão –, jamais pode ser considerada fundada propriamente em norma retroativa a rescisão da coisa julgada em semelhante situação. Há aí apenas uma *aparente retroatividade* da norma. A rescisão do julgado, antes de violar a segurança jurídica, realiza-a, pela imposição do *prévio e exato* significado da norma ao caso concreto, servindo ainda para velar pela igualdade de todos perante a legislação por conta da sua aplicação baseada em jurisprudência uniforme. Tal como ocorre no recurso para Corte Superior, a eficácia da decisão rescisória é tão somente *reativa*, sendo coerentemente tão somente voltada para o *passado*.

Parte III

O Modelo de Cortes Supremas

A Corte Suprema – seja como *corte de vértice da organização judiciária*, seja como *corte constitucional* alocada fora da estrutura do Poder Judiciário – caracteriza-se por pressupor, do ponto de vista da teoria do direito, a dissociação entre *texto e norma jurídica*, o reconhecimento da *normatividade dos princípios* ao lado das *regras*, bem como a existência de *postulados normativos* para adequada aplicação das normas, a adoção da *teoria lógico-argumentativa* da interpretação jurídica e a compreensão da jurisdição como atividade de *reconstrução* da ordem jurídica mediante a outorga de sentido a textos e a elementos não textuais do sistema jurídico. Estruturalmente, a Corte Suprema é formada por *juristas oriundos de vários extratos sociais* – magistrados de carreira, advogados, membros do Ministério Público e professores universitários – e competente para *orientar a aplicação do Direito* mediante *precedentes* formados a partir do julgamento de casos concretos que revelem uma *fundamental importância* para consecução da *unidade do Direito*. A função da Corte Suprema é *proativa*, de modo que visa a orientar a interpretação e aplicação do Direito *por parte da sociedade civil*, por *parte de seus próprios membros* e *por parte de todos os órgãos jurisdicionais*, tendo a sua atuação direcionada para o *futuro*. Esse papel é desempenhado pela Corte mediante *recurso da parte interessada*, cuja *admissão* é subordinada à aferição da *necessidade de seu pronunciamento* sobre a *matéria* nele debatida, com o que o recurso da parte consiste em um meio para tutela do *jus constitutionis*. O objetivo da Corte é orientar a aplicação do Direito mediante a *justa interpretação da ordem jurídica*, sendo o caso concreto apenas um pretexto para que essa possa formar *precedentes*. O caso concreto serve como *meio* para que a Corte Suprema possa exercer sua função de adequada interpretação da ordem jurídica. A eficácia das decisões da Corte Suprema *vincula toda a sociedade civil e todos os órgãos do Poder Judiciário*, constituindo o *precedente fonte primária do Direito*. Como obra de *reconstrução* da ordem jurídica, as suas decisões podem ter sua *eficácia modulada* de acordo com as necessidades evidenciadas pela segurança jurídica e pela igualdade de todos perante o Direito.

1. A Corte Suprema e a tutela do direito. Pressupostos teóricos

O modelo de Corte Suprema, assim como o de Corte Superior, responde a determinados *pressupostos teóricos* que condicionam a compreensão de seu *conceito*, de sua *estrutura*, de sua *função* e da *eficácia* de suas decisões na ordem jurídica. Para adequada compreensão do modelo, portanto, importa ter presente também algumas coordenadas atinentes à *teoria das normas*, à *teoria da interpretação jurídica* e às *relações existentes entre a legislação e a jurisdição*.

Em primeiro lugar, a Corte Suprema pressupõe, no âmbito da teoria das normas, uma *dissociação* entre *texto* e *norma*, bem como o reconhecimento da classificação tripartite das normas em *princípios*, *regras* e *postulados*. Em segundo lugar, a adoção da teoria *lógico-argumentativa* da interpretação judicial. Em terceiro lugar, o reconhecimento de que *legislação* e *jurisdição atuam coordenada e conjuntamente* para *produção* e *promoção* do império do Direito. Nessas três frentes, a Corte Suprema recolhe a experiência da cultura jurídica dos Novecentos, especialmente da sua segunda metade em diante, para sua sustentação conceitual.

A teoria da norma experimentou *significativo enriquecimento* na passagem dos Oitocentos para os Novecentos, cuja principal consequência está no aumento da *dificuldade* para sua adequada compreensão e aplicação em juízo. A *unidade semântica* antes pressuposta entre texto, norma e regra cedeu espaço para uma *dissociação* entre texto e norma, de um lado, e princípios, regras e postulados, de outro. A teoria cognitivista deu lugar à teoria lógico-argumentativa da interpretação. O *isolamento* das atividades de legislação e jurisdição foi rompido a favor de uma relação de *colaboração* entre essas duas funções estatais.

A inexistência de identidade entre *texto* e *norma* está em que a *norma* é o *texto interpretado*. Vale dizer: a norma é uma outorga de significado ao texto e a elementos não textuais da ordem jurídica, que são reconstruídos pela atividade do intérprete. É uma atribuição de sentido a um enunciado linguístico.¹ A *norma* é na verdade a *interpretação da norma*: ela simplesmente *ainda não é* antes da sua interpretação.² A norma é tomada aí como o *resultado* da atividade do intérprete. É a “*interpretação-produto*”.³ A oportunidade da distinção entre texto e norma é atribuída à *potencial equivocidade de todos os enunciados linguísticos*,⁴ de modo que entre texto e norma existe sempre uma *atividade mediadora do intérprete* que demanda *individualizações, valorações e escolhas* entre diferentes possibilidades de sentidos linguísticos para definição da norma.⁵

Os textos são potencialmente equívocos por várias razões. Dentre elas, a *ambiguidade*, a *complexidade*, a *implicabilidade*, a *superabilidade* e a *abrangibilidade* dos

1. Giovanni Tarello. *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980. p. 9-10; Riccardo Guastini. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 8-9; Pierluigi Chiassoni. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 142.
2. Afirmar que a *norma* ainda não é antes da sua interpretação não implica afirmar que *incexiste significado sem interpretação*, mas simplesmente que *antes da interpretação* existe uma *multiplicidade de significados possíveis* (Riccardo Guastini. *Interpretare e argomentare* cit., p. 413-415; Humberto Ávila. *Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 32-34).
3. A expressão é de Giovanni Tarello. *L'interpretazione della legge* cit., p. 39.
4. Idem, p. 27; Riccardo Guastini. *Interpretare e argomentare* cit., p. 39; Pierluigi Chiassoni. *Tecnica dell'interpretazione giuridica* cit., p. 56.
5. Giovanni Tarello. *L'interpretazione della Legge* cit., p. 32-33.

enunciados textuais. Os enunciados são ambíguos, porque apresentam *duas ou mais opções de significado*. São complexos, porque podem exprimir *duas ou mais normas ao mesmo tempo*. Por vezes, pode existir dúvida a respeito da existência de um *nexo de implicação* entre os enunciados, da *superabilidade* ou não do enunciado – isto é, se ele está *sujeito ou não a exceções implícitas* – e da abrangência da disposição – se *taxativa ou meramente exemplificativa*.⁶ Em todos esses casos, o *texto* pode revelar-se equívoco e é necessário *individualizar, valorar e escolher* entre duas ou mais opções de significado a fim de obter-se uma *norma*.⁷

Essa potencial equivocidade dos textos, contudo, não é algo que possa ser eliminado simplesmente pelo *apuramento linguístico* na sua redação. Na verdade, a equivocidade não é propriamente um defeito *objetivo* do texto, mas uma decorrência de *diferentes interesses e concepções a respeito da justiça dos intérpretes* e da *multiplicidade de concepções dogmáticas e métodos interpretativos por eles utilizados* que interferem na atividade de individualização, valoração e escolha de significados. A interpretação varia de acordo com a posição assumida pelo intérprete na sociedade ou diante de determinado conflito (diferentes interesses), com as suas inclinações ético-políticas (concepções de justiça), com os conceitos jurídicos de que se vale (concepções dogmáticas) e com os argumentos interpretativos eleitos (métodos interpretativos)⁸ – e é justamente por essa razão que a *vida do Direito*, concretizada na sua interpretação e aplicação, não depende *apenas da lógica*, mas é antes de tudo *experiência* (“*the life of the law has not been logic: it has been experience*”).⁹ A norma – a “*interpretação-*

6. Riccardo Guastini. *Interpretare e argomentare* cit., p. 39-46.

7. Idem, p. 27-29; Pierluigi Chiassoni. *Tecnica dell'interpretazione giuridica* cit., p. 144-145.

8. Riccardo Guastini. *Interpretare e argomentare* cit., p. 46-52; Pierluigi Chiassoni. *Tecnica dell'interpretazione giuridica* cit., p. 144-145.

9. Oliver Wendell Holmes, *The common law* (1881). Cambridge: Harvard University Press, 1963. p. 5. Para uma adequada contextualização dessa célebre afirmação, Giovanni Tarello. *Il realismo giuridico americano* cit., p. 39-40: “*la distinzione tra mere sopravvivenze e diritto che ha una funzione sociale si muove parallelamente ad un'altra distinzione holmesiana: la distinzione tra 'forma' e 'sostanza' del diritto. All'inizio di The Common Law Holmes afferma che 'la sostanza del Diritto in ogni epoca corrisponde abbastanza a ciò che in quella stessa epoca è considerato utile (convenient); ma la sua forma ed il suo macchinismo (machinery), e la misura in cui esso è capace di conseguire i risultati voluti dipendono invece in larga parte dal suo passato'. Appare chiaro ad un esame degli scritti di Holmes che la forma del Diritto altro non è che quanto sopravvive di epoche passate, ed è sprovvisto di rapporti con ciò che attualmente è 'convenient'. Sulla base di queste distinzioni è sufficientemente chiaro cosa Holmes intendesse con le affermazioni – troppe volte citate fuor dal contesto – secondo cui 'la vita del diritto non è logica ma esperienza': Egli intendeva semplicemente dire che, di fatto, i processi attraverso i quali si evolvono gli ordinamenti giuridici, cioè per Holmes i processi di decisione giudiziaria che portano alla formulazione di regole, sono condizionati non tanto da sviluppi sillogistici di regole precedentemente formulate quanto da una serie di fattori in senso lato social che vanno dalla struttura degli interessi*

-*prodotto*” – é resultado de um processo que visa a *reduzir a equívocidade do texto e concentrar o seu significado*. Daí a razão pela qual texto e norma não se confundem e nem há entre os mesmos uma correspondência biunívoca.¹⁰

Norma e regra não são expressões sinônimas. Ao longo dos Novecentos, a teoria da norma presenciou um intenso debate a respeito da definição e da aplicação dos princípios jurídicos.¹¹ O resultado desse desenvolvimento teórico está no reconhecimento do *caráter normativo* e, portanto, *vinculante dos princípios jurídicos* ao lado das regras. Os princípios separam-se das regras, no entanto, em face da natureza da *descrição normativa*, da natureza da *justificação que exigem para aplicação* e da natureza da *contribuição que outorgam para solução* de um determinado problema.¹² Os princípios podem ser definidos como normas que *impõem gradualmente um estado ideal de coisas*, isto é, como “normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”.¹³ As regras, como normas que *impõem a imediata adoção de uma conduta*, isto é, como “normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da corres-

in gioco sino alle teorie politiche dominante ed ai pregiudizi dei singoli giudici. Cosicché, mentre la veste esteriore delle decisioni, cioè la loro forma è secondo Holmes logica, la loro sostanza è legislativa: ove è palese una assimilazione tra le sopravvivenze del passato che hanno perso una funzione, la forma ed il macchinismo (le tecniche) del diritto, e l'aspetto che Holmes forse poco propriamente chiama 'logico' del diritto”.

10. Riccardo Guastini. *Interpretare e argomentare* cit., p. 44; Humberto Ávila. *Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 31.

11. Para um abrangente panorama sobre o assunto, com ampla indicação bibliográfica, Humberto Ávila. *Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos* cit., p. 35-64.

12. Conforme Humberto Ávila: “em primeiro lugar, as regras diferenciam-se dos princípios pela natureza da descrição normativa: enquanto as regras descrevem objetos determináveis (sujeitos, condutas, matérias, fontes, efeitos jurídicos, conteúdos), os princípios descrevem um estado ideal de coisas a ser promovido. Em segundo lugar, as regras diferenciam-se dos princípios pela natureza da justificação que exigem para serem aplicadas: as regras exigem um exame de correspondência, ao passo que os princípios exigem uma avaliação da correlação positiva entre os efeitos da conduta adotada e o estado de coisas que deve ser promovido. Em terceiro lugar, as regras distinguem-se dos princípios pela natureza da contribuição para solução do problema: enquanto as regras têm pretensão de decidibilidade, pois visam a proporcionar uma solução-provisória para um problema conhecido ou antecipável, os princípios têm pretensão de complementariedade, já que servem de razões a serem conjugadas com outras para a solução de um problema” (Idem, p. 83-84).

13. Idem, p. 78-79.

ponência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhes são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos”.¹⁴ Para adequada compreensão e aplicação de princípios e regras, existem os *postulados normativos*, que se subdividem em *hermenêuticos e aplicativos*. Os postulados são normas que viabilizam a compreensão e a adequada aplicação dos princípios e das regras e, portanto, são normas que determinam um *método* para interpretação e aplicação de outras normas,¹⁵ de que exemplos a coerência, a ponderação, a concordância prática, a proibição de excesso, a razoabilidade e a proporcionalidade.¹⁶

No âmbito da interpretação jurídica, o modelo de Corte Suprema pressupõe a adoção da teoria *lógico-argumentativa* da interpretação.¹⁷ Nesse contexto, interpretar não significa revelar, mediante uma atividade *exclusivamente* cognitivista, o único e verdadeiro significado intrínseco do texto normativo. Nessa linha, a teoria lógico-argumentativa é uma *teoria não cognitivista*, também conhecida como *cética* ou *realista*.¹⁸ Interpretar – aqui entendida interpretação como “*interpretazione-attività*”¹⁹ – significa *atribuir significado* a um texto e a elementos não textuais da ordem jurídica. Como

14. Idem, p. 78.

15. Idem, p. 134: “a interpretação de qualquer objeto cultural submete-se a algumas condições essenciais, sem as quais o objeto não pode ser sequer apreendido. A essas condições essenciais dá-se o nome de *postulados*. Há os postulados meramente hermenêuticos, destinados à compreensão em geral do Direito e os postulados normativos, cuja função é estruturar a sua aplicação concreta. Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. Daí se dizer que se qualificam como normas de segundo grau. Nesse sentido, sempre que se está diante de um postulado normativo, há uma diretriz metódica que se dirige ao intérprete relativamente à interpretação de outras normas. Por trás dos postulados, há sempre outras normas que estão sendo aplicadas. Não se identificam, porém, com as outras normas que também influenciam outras, como é o caso dos sobreprincípios do Estado de Direito ou da segurança jurídica. Os sobreprincípios situam-se no nível das normas objeto de aplicação. Atuam sobre outras, mas no âmbito semântico e axiológico e não no âmbito metódico, como ocorre com os postulados. Isso explica a diferença entre sobrenormas (normas semânticas e axiologicamente sobrejacentes, situadas no nível do objeto de aplicação) e metanormas (normas metodicamente sobrejacentes, situadas no metanível aplicativo)”.
16. Idem, p. 135-191.

17. Sobre o assunto, com as devidas indicações bibliográficas, Giovanni Tarello. *L'interpretazione della legge* cit., p. 75-99; Riccardo Guastini. *Interpretare e argomentare* cit., p. 13-14, p. 412-415 e p. 424-427; Pierluigi Chiassoni. *Tecnica dell'interpretazione giurídica* cit., p. 65-123.

18. Riccardo Guastini. *Interpretare e argomentare* cit., p. 412.

19. Giovanni Tarello. *L'interpretazione della legge* cit., p. 39.

se trata de atividade potencialmente *equivoca*, o processo interpretativo depende da *individualização, valoração e escolha* de significados possíveis das palavras constantes dos enunciados.²⁰ Desse modo, a interpretação acarreta sempre uma *escolha* do intérprete dentre significados alternativos concomitantes e possíveis. Como a interpretação é um processo que visa à redução da equívocidade do enunciado e definição da norma que se ultima mediante uma *escolha* – ainda que lógica e argumentativamente guiada – do intérprete, o seu resultado não pode ser qualificado como exato, correto ou único possível.²¹ Dito claramente: *inexiste uma única resposta correta para todo e qualquer problema interpretativo*. A interpretação do Direito admite a obtenção de uma *pluralidade de significados*, dada a *equivocidade* da linguagem jurídica (“*legal language is vague*”) e a inevitável necessidade de *escolhas* para determinação do seu sentido normativo (“*legal reasoning includes value judgments*”).²²

20. Embora o assunto desborde do tema ora enfrentado, é oportuno lembrar que é esse mesmo contexto teórico e, em especial, a adoção da teoria lógico-argumentativa da interpretação, que autoriza a compreensão do *direito ao contraditório* como *direito de influência* e o *dever de motivação* como *dever de debate*, afirmando-se a suficiência da extensão da motivação a partir das *razões arguidas pelas partes* e, portanto, a partir de um *critério extrínseco*. Sobre o assunto, com as devidas indicações bibliográficas, Daniel Mitidiero. *Colaboração no processo civil – Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 87-103 e p. 149-156; *Antecipação da tutela – Da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 115-120 e p. 145-151.

21. Assim, Aulis Aarmio. *The rational as reasonable – A treatise on legal justification*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1987. p. 158-165; Aleksander Peczenik. *On law and reason*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1989. p. 305-307; Riccardo Guastini. *Interpretare e argomentare* cit., p. 420-424; Humberto Ávila. *Segurança jurídica – entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 303. Sobre o assunto, consulte-se ainda o ensaio seminal de Adolf Merkel. “*Sul Problema dell’Interpretazione*” (1916), *Il duplice volto del diritto – Il sistema kelseniano e altri saggi*. Trad. de Carmelo Geraci. Milano: Giuffrè, 1987. p. 255-279, bem como Enrico Dicitotti. *Verità e certezza nell’interpretazione della legge*. Torino: Giappichelli, 1999. p. 202-218; Vito Velluzzi. *Sulla nozione di “interpretazione giuridica corretta”*, *Ira Teoria e dogmatica – Sei studi intorno all’interpretazione*. Pisa: Edizioni ETS, 2012. p. 19-32.

22. Conforme, por todos, Aleksander Peczenik. *On law and reason* cit., p. 305. Como é notório, existem três teorias a respeito do assunto: (i) a teoria cognitivista, também conhecida como formalista, em que toda a literatura oitocentista pode ser enquadrada, bem como a notória e peculiar posição de Ronald Dworkin. *Law’s empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, que sustenta a existência de uma única resposta correta; (ii) a teoria cética, também conhecida como realista ou antiformalista, no âmbito da qual podem ser alocados Giovanni Tarello. *L’interpretazione della legge* cit., p. 62, Riccardo Guastini. *Interpretare e argomentare* cit., p. 412-415, e Humberto Ávila. *Segurança jurídica – entre permanência, mudança e realização no direito tributário* cit., p. 303, que sustenta a inexistência de uma única resposta correta; e (iii) a teoria eclética, também conhecida como teoria mista, no qual podem ser enquadrados notoriamente Herbert Hart. *The concept of law* (1961). 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

Isso não quer dizer, contudo, que o processo de interpretação do Direito não possa ser *racionalmente controlado*. Afirmar que a interpretação é um processo que impõe ao intérprete *decidir-se* por um significado possível atribuível a enunciados linguísticos não importa autorização para sua livre construção. Justamente para viabilizar o *controle intersubjetivo da racionalidade* da atividade interpretativa é que essa é compreendida como uma atividade lógico-interpretativa – isto é, que se vale da *lógica* e da *argumentação jurídica* para consecução de seus fins.²³

A atividade interpretativa não constitui uma operação *puramente lógica*.²⁴ O campo da aplicação da lógica na interpretação está circunscrito ao terreno da *aferição dos nexos entre proposições e enunciados*. Nesse sentido, a lógica tem um papel certamente importante, mas relativamente pequeno no processo de interpretação.²⁵ A lógica nada diz, contudo, a respeito da *escolha das normas* que devem fazer parte do silogismo judiciário e do *significado* que deve ser atribuído aos *enunciados linguísticos* e às *proposições de fato* que o compõem.²⁶ Em todos esses

p. 124-154, e Andrei Marmor. *Interpretation and legal theory*. Oxford: Oxford University Press, 1992. p. 12, que sustenta a existência de respostas corretas para os chamados casos fáceis e a inexistência para os chamados casos difíceis. Sobre o assunto, entre outros, Vittorio Villa. *Una teoria pragmaticamente orientata dell’interpretazione giuridica*. Torino: Giappichelli, 2012. p. 75-116.

23. Giovanni Tarello. *L’interpretazione della legge* cit., p. 75-99.

24. Michele Taruffo. *La motivazione della sentenza civile*. Milano: Giuffrè, 1975. p. 149-170.

25. Giovanni Tarello. *L’interpretazione della legge* cit., p. 81-82.

26. Idem, p. 79. Essa, a propósito, a primeira crítica formulada na doutrina italiana à teoria do silogismo judiciário, devida a Guido Calogero, para quem “*la vera e grande opera del giudice sta non già nel ricavare dalle premesse la conclusione, ma proprio nel trovare e formulare le premesse*” (*La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*. Padova: CEDAM, 1937. p. 51). Sua importante crítica, no entanto, teve um desenvolvimento muito “curioso”, como observa Michele Taruffo, na medida em que “*non portò ad un’amplicamento, integrazione o sostituzione dello schema di cui dimostrava i limiti, bensì, al contrario, ad una sua ulteriore riduzione: ad una mera riduzione equivale, infatti, la tesi secondo cui la natura del giudizio sarebbe espressa dalla categoria logica della sussunzione*” (*La motivazione della sentenza civile* cit., p. 153). De fato, para Calogero, “*quando si abbandonò l’idea che la necessità razionale della sentenza consista nella sua dedutività sillogistica, non per ciò si è autorizzati a giungere all’esclusione di ogni sua formale struttura logica, che anzi l’eliminazione della sua sillogisticità facilita l’avvertimento di quella sua logicità più radicale, la quale consiste nel suo categorico giudicar sussumendo*” (*La Logica del Giudice e il suo Controllo in Cassazione* cit., p. 57). O problema está em que, continua Michele Taruffo, “*la sussunzione non è necessariamente qualcosa di diverso rispetto al sillogismo, ma può anche essere soltanto qualcosa di meno complesso*”. É que “*la sussunzione possa rientrar nel silogismo como parte della premissa minore (v. infra nel testo), ed allora il modello sussuntivo è una mera riduzione del modello sillogistico, né Calogero dimostra il contrario. Ne segue che alla sua tesi può essere rivolta la stessa obiezione che egli rivolge al modello sillogistico, poichè anche la sussunzione esprime un modo di configurazione del*

casos o que é determinante é a argumentação que é formulada pelo intérprete a favor das suas individualizações, valorações e escolhas. Vale dizer: o que importa aí é a argumentação jurídica.²⁷

Essa é a razão pela qual o modelo de Corte Suprema guarda uma indissolúvel ligação com a necessidade de justificação no momento de interpretação e aplicação judicial do Direito.²⁸ O discurso justificativo torna-se o verdadeiro elemento de diferenciação e legitimação das decisões judiciais e, no fundo, da própria jurisdição diante da legislação.²⁹ O processo interpretativo é permeado por individualizações, valorações e escolhas ligadas aos possíveis significados dos enunciados jurídicos e das proposições fáticas, cuja sede material é a justificação. Vale dizer: é entremeadado por efetivas decisões tomadas pelo intérprete a respeito do sentido que deve ser atribuído ao Direito.

Como a interpretação é um processo que conta com uma linha lógica e outra linha argumentativa, a justificação igualmente desdobra-se em duas direções, dividindo-se em justificação interna e justificação externa: a primeira recobre o campo da lógica e atine à ausência de contradição e à completude da justificação, ao passo que a segunda concerne ao campo da argumentação, do oferecimento de razões que sustentem as individualizações, valorações e escolhas realizadas pelo intérprete para composição dos enunciados jurídicos e das proposições fáticas que integram o silogismo judicial, com destaque para utilização de modelos metodológicos para argumentação.³⁰ Nesse modelo, a justificação é o verdadeiro centro do processo interpretativo que serve para aplicação do Direito.

juízo, ma non indica come il giudice vi pervenga e come compia le scelte che la sussunzione presuppone" (La Motivazione della Sentenza Civile cit., p. 153-154, nota de rodapé n. 10). Sobre o assunto, ainda, Carlo Nitsch. Il giudice e la legge – Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo novecento. Milano: Giuffrè, 2012. p. 203-267.

27. Giovanni Tarello. L'interpretazione della legge cit., p. 85-99; Riccardo Guastini. Interpretare e argomentare cit., p. 14.

28. Giovanni Tarello. L'interpretazione della legge cit., p. 49 e p. 67-75; Riccardo Guastini. Interpretare e argomentare cit., p. 34; Pierluigi Chiassoni. Tecnica dell'interpretazione giuridica cit., p. 12.

29. Luiz Guilherme Marinoni. Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 103-104. vol. I.

30. Traçar uma teoria da argumentação jurídica está fora do escopo do presente trabalho. Entretanto, importa ter presente para fins de contextualização que é possível identificar no mínimo cinco modelos metodológicos para análise do raciocínio argumentativo: (i) o modelo argumentativo simples (traçado por Giovanni Tarello e posteriormente incorporado por Chaim Perelman); (ii) o modelo argumentativo estruturado, também conhecido como modelo dualista de identificação e concretização (Riccardo Guastini); (iii) modelo das diretrizes interpretativas (Jerzy Wróblewski); (iv) modelo das regras interpretativas (Robert Alexy) e (v) modelo dos códigos interpretativos (Pierluigi Chiassoni), conforme, sobre o assunto, Pierluigi Chiassoni. Tecnica dell'interpretazione

É por essa razão que nesse modelo interpretar judicialmente a lei não significa “scoprire” un significato ‘esatto’ oggettivamente preexistente all’attività interpretativa, bensì ascrivere un significato all’ enunciato normativo. In linea di principio questa ‘ascrizione di significato’ implica una scelta da parte dell’interprete: fra più significati possibili si tratta di stabilire quale è il significato ‘proprio’, ossia ‘il più corretto’ o ‘il più adeguato’.³¹ A interpretação implica, portanto, verdadeira “decisão interpretativa: essa non è però mai automatica o necessitata né fondata su un calcolo formale. Il fondamento della decisione interpretativa non è nel suo essere la conclusione sicura di una deduzione da premesse certe: esso è invece nell’impiego di criteri e direttive che, mentre rendono possibile l’interpretazione, la giustificano e rendono possibili scelte in senso lato razionali”.³² Vale dizer: o Direito, nesse modelo, “é considerado como uma atividade dependente do processo de interpretação e aplicação”.³³

A compreensão da interpretação judicial como algo dotado de importância autônoma permeou o desenvolvimento de várias cortes de vértice, dentre elas a antiga House of Lords inglesa, a Supreme Court dos Estados Unidos, o Bundesverfassungsgericht e o Bundesgerichtshof, em um aspecto essencial: na atenção dada às razões constantes das suas decisões que, pelo caráter paradigmático, consideram-se elementos integrantes e determinantes no processo de afirmação e desenvolvimento do Direito.³⁴ Ainda que por razões culturais, construções conceituais e fundamentos muito distintos,³⁵ essas cortes, que podem ser reconduzidas em grande medida ao

giuridica cit., p. 65-123, com ampla indicação bibliográfica. Sobre o assunto, igualmente, Manuel Atienza. El derecho como argumentación – Concepciones de la. Barcelona: Ariel, 2012.

31. Michele Taruffo. La corte di cassazione e la legge. Il vertice ambiguo – Saggi sulla cassazione civile. Bologna: Il Mulino, 1991. p. 88.

32. Idem, ibidem.

33. Humberto Ávila. Segurança jurídica – entre permanência, mudança e realização no direito tributário cit., p. 137.

34. Como observa, por exemplo, Stephen Goldstein. The Role of Supreme Courts at the National and International Level – Common Law Countries. In: P. Yessiou-Faltsi (coord.). The role of the supreme courts at the national and international level – Reports for the thessaloniki international colloquium. Thessaloniki: Sakkoulas Publications, 1998. p. 290, a respeito da antiga House of Lords inglesa e da Supreme Court estadunidense, entre as funções dessas cortes sempre se incluiu o escopo de “clarification and development of the law”.

35. Sobre antiga House of Lords, The Judicial House of Lords – 1876 – 2009, coordenado por Louis Blom-Cooper, Brice Dickson e Gavin Drewry. Oxford: Oxford University Press, 2009; sobre a Supreme Court, Jeffrey Segal e Harold Spaeth. The Supreme Court and the attitudinal model. Cambridge: Cambridge University Press, 1993, especialmente p. 32-73; sobre o realismo estadunidense, Giovanni Tarello. Il realismo giuridico americano cit.; sobre o Richterrecht, Giovanni Orrù, Richterrecht – Il Problema della Libertà e Autorità Giudiziale nella Dottrina Tedesca Contemporanea. Milano: Giuffrè, 1983.

modelo de Corte Suprema, *sempre tiveram à sua base uma orientação a respeito da interpretação jurídica que privilegia o momento de aplicação judicial do Direito como um momento central da experiência jurídica e como parte do direito vigente.*

Nesse contexto teórico, é fácil perceber que pouco pode a legislação sem a colaboração da jurisdição. E esse maior espaço logrado pela jurisdição em geral e pela Corte Suprema em especial deve-se não só aos novos contornos da teoria da norma e da interpretação jurídica, mas também a uma conformação política particular ligada à teoria da *separação dos poderes*. Seja no rastro da doutrina dos *checks and balances* e da *judicial review* aí implicada do ciclo constitucional estadunidense,³⁶ seja por influência da *alocação suprapoderes* das Cortes Constitucionais continentais,³⁷ a cultura jurídica subjacente a esse modelo encara com naturalidade o fato de a *última palavra* a respeito do significado do Direito ser confiada à Corte Suprema.³⁸

O modelo de Corte Suprema, nessa linha, assume como pressuposto teórico o Direito como uma prática argumentativa, cujo significado não preexiste precisamente ao momento de interpretação dos enunciados jurídicos e que demanda do intérprete uma série de individualizações, valorações e escolhas entre significados ao longo do processo interpretativo. Como o produto da interpretação pode ter mais de um significado, é tarefa da Corte Suprema *tutelar o Direito* não só pela *definição do significado mais adequado* que a ele deve ser dado mediante a *interpretação*, mas também velar pela *própria adequação do método empregado para interpretação*. O modelo de Corte Suprema, portanto, tutela o Direito tanto pela *definição do resultado da interpretação* (“*interpretazione-prodotto*”) como pela *atenção à adequação do processo interpretativo* (“*interpretazione-attività*”). Daí a compreensão da Corte Suprema como uma Corte voltada para *tutela do Direito* mediante a sua *adequada interpretação*.

2. A estrutura do modelo de Cortes Supremas

Nessa perspectiva, a Corte Suprema dá lugar a uma particular conformação da relação entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo e da relação entre os próprios membros do Poder Judiciário. Entre os Poderes, a Corte Suprema ocupa a posição

36. José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 92-97; Mauro Cappelletti. *Il Controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*. Milano: Giuffrè, 1968; Alessandro Pizzorusso. *Un'invenzione che ha cambiato il modo di concepire il diritto: la giustizia costituzionale*. *Annuario di Diritto Comparato e Studi Legislativi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. p. 37-62.

37. Louis Favoreu e Wanda Mastor. *Les cours constitutionnelles*. Paris: Dalloz, 2011. p. 23.

38. Maria Rosaria Ferrarese. Dal “Verbo” Legislativo a chi Dice I “Ultima Parola”: le Corti Costituzionali e la rete giudiziaria. *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. p. 78.

de *parceiro* do Poder Legislativo na tarefa de promoção do império do Direito, estabelecendo-se aí uma clara relação de *colaboração*. Com esse desenho, o modelo de Corte Suprema acaba dando azo a uma relação de *forte confiança* entre a magistratura ordinária e a magistratura suprema, na medida em que a Corte Suprema é vista como uma corte que outorga o adequado sentido ao texto e aos elementos não textuais da ordem jurídica para promoção da unidade do Direito. Não é uma corte de censura da magistratura ordinária e servil ao Poder Legislativo. É uma corte cuja tarefa é guiar a base a respeito do significado que deve ser adscrito ao Direito. É uma *Corte guia*.

2.1 Composição

Uma Corte Suprema deve ter seus membros colhidos nos *vários extratos sociais* ligados à *experiência jurídica*. O ideal é que a nomeação de seus membros ocorra por *indicação política*, obedecendo a mecanismos que assegurem tendencialmente a *influência das várias inclinações ideológicas* representadas politicamente no Poder Legislativo e no Poder Executivo, dentre *juristas com sólida formação e experiência* no campo do Direito.

Sendo a Corte Suprema encarregada de dar a última palavra mediante interpretação e aplicação do Direito, exercendo, portanto, *papel político de fundamental importância*, o ideal é que seus membros representem na medida do possível o *pluralismo* dos vários extratos que integram a sociedade civil em geral e a comunidade jurídica em especial, a fim de que suas decisões sejam tomadas em um ambiente que privilegie a *confrontação de diferentes visões* de mundo, viabilizando assim a formação de decisões tendencialmente mais debatidas, sopesadas, amadurecidas e independentes. É por essa razão, a propósito, que as Cortes Constitucionais continentais têm em sua composição tanto magistrados de carreira, como advogados e professores universitários.³⁹ É igualmente por essa razão que a doutrina inglesa espera maior “*diversity*” na composição da *United Kingdom Supreme Court* – a fim de que supere a tradicional “*homogeneity*” da *antiga House of Lords*, cuja consequência evidente consistia no seu acentuado “*institutional conservatism*”.⁴⁰

Também em atenção a esse papel exercido pela Corte Suprema, o ideal é que seus membros sejam nomeados por indicação política. Semelhante modo de seleção visa a garantir a legitimidade democrático-representativa da Corte.⁴¹ Para tanto,

39. Louis Favoreu e Wanda Master. *Les cours constitutionnelles*. Op. cit., p. 20-21.

40. Neil Andrews. The United Kingdom’s Supreme Court: Four hopes (individual modesty; institutional neutrality; a diverse case load; clear and succinct judgments). *Annuario di Diritto Comparato e Studi Legislativi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. p. 148.

41. Victor Ferreres Comella. *Constitutional Courts and democratic values – A European perspective*. New Haven: Yale University Press, 2009. p. 98-100.

as alegações jurídicas. A distinção ocorre apenas com fins funcionais e não infirma a recíproca implicação que se encontra à base do momento da formação do caso. Por essa razão é que a proibição que a Corte Suprema encontra não está endereçada ao exame dos fatos. Essa examina os fatos da causa para dar unidade ao Direito. O que se proibe simplesmente é que a Corte Suprema realize nova valoração probatória das alegações de fato da causa. Para que isso não ocorra, porém, não é necessário supor que “questões de fato” e “questões de direito” sejam questões distintas, nem supor que questões de fato não possam ser conhecidas no âmbito da Corte Suprema. Para tanto, basta que a Corte Suprema empreenda a análise da causa pressupondo a valoração probatória das alegações de fato realizada pela instância ordinária. É o que, por exemplo, determina a Zivilprozessordnung alemã ao Bundesgerichtshof no âmbito do recurso de Revisão (§ 559, n. 2, segundo o qual o tribunal de revisão (Revisionsgericht) está vinculado (bindend) à verdade ou à falsidade das alegações de fato (tatsächliche Behauptung wahr oder nicht wahr ist) proclamada pelo tribunal de apelo).

Compete à Corte Suprema, portanto, examinar o caso apresentado em juízo sem qualquer distinção entre fato e norma. A Corte Suprema analisa os fatos à luz das normas, dada sua recíproca implicação, sendo vedado tão somente valorá-los do ponto de vista probatório de forma diversa daquela realizada pela instância ordinária. É isso porque é essencial à sua função tomar o caso em toda sua inteireza para – a partir dele – interpretar o Direito levando em consideração todas as suas condicionantes lógico-argumentativas.

3. A função proativa da Corte Suprema, a nomofilaquia recursal e a unidade do direito pelo precedente. A Corte Suprema como uma Corte de interpretação. O recurso como *jus constitutionis*

Como é da natureza do Direito, em uma perspectiva lógico-argumentativa, a admissão de uma pluralidade de significados oriundos da sua interpretação, é imprescindível que exista um meio institucional encarregado de concentrar o significado final em que esse deve ser tomado em determinado contexto⁵⁰ e de velar pela sua unidade. E é precisamente essa a função que a Corte Suprema deve desempenhar: dar unidade ao Direito mediante a sua adequada interpretação a partir do julgamento de casos a ela apresentados. Com isso, a função da Corte Suprema é proativa, sendo sua atuação destinada a orientar a adequada interpretação e aplicação do Direito por parte de toda a sociedade civil e de todos os membros do Poder Judiciário. A sua função tem no horizonte o futuro: ela atua de maneira proativa com o fim de guiar a interpretação do Direito, dando a ele unidade.⁵¹

A função da Corte Suprema, portanto, está em promover a unidade do Direito mediante a sua adequada interpretação. Como, de um lado, a interpretação jurídica pode dar lugar a uma multiplicidade de significados, e como, de outro, o Direito encontra-se sujeito à cultura, a unidade do Direito que a Corte Suprema visa a promover tem duas direções distintas: essa é tanto retrospectiva como prospectiva. Vale dizer: a Corte Suprema visa à promoção da unidade do Direito tanto para resolver uma questão jurídica de interpretação controversada nos tribunais como para desenvolver o Direito diante das novas necessidades sociais, outorgando adequada solução para questões jurídicas novas.⁵² E sua função viabilizar “clarification, unification and development of the law”.⁵³

É importante perceber, nessa linha, que a função da Corte Suprema se encontra orientada para adequada interpretação do Direito. A função da Corte Suprema é uma função ligada à interpretação do Direito, capaz de servir de orientação para sua interpretação e aplicação futuras. A interpretação do Direito é o fim que move e legitima a atuação da Corte Suprema. Como ensina a doutrina, a função da Corte “è d’interprete della legge, più e oltre che di controllore delle altrui interpretazioni/applicazioni”, sendo que essa “si svolge in occasione dell’esame di decisioni su casi concreti, ma è volta a definire il ‘significato proprio’ della norma, più che a verificare se questa è stata correttamente applicata nel singolo caso”, visando principalmente “agli impieghi futuri della norma”.⁵⁴ Daí que a decisão recorrida constitui apenas um meio pré-ordenado para viabilização da consecução da finalidade colimada à Corte Suprema: outorgar adequada interpretação ao Direito a fim de guiar a sua efetiva realização.⁵⁵ A Corte Suprema é uma corte de interpretação do Direito, não uma corte de controle de decisões judiciais.

A nomofilaquia do recurso dirigido à Corte Suprema consubstancia-se, assim, na consecução da unidade do Direito mediante sua adequada interpretação. A promoção da unidade do Direito realiza-se, de um lado, com a orientação da sociedade

Guilherme Martinoni. O STJ enquanto Corte de Precedentes. São Paulo: Ed. RT, 2013. p. 113-118.

52. Antônio Castanheira Neves. O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais. Coimbra: Coimbra Ed., 1983. p. 657-658.

53. J. A. Jolowicz. The role of the Supreme Court at the national and international level. In: Pelayia Yessiou-Faltsi (coord.). The role of the Supreme Courts at the national and international level – Reports for the thessalomiki international colloquium. Op. cit., p. 39.

54. Michele Taruffo. La corte di cassazione e la legge. Il Veritice ambiguo – Saggi sulla cassazione civile. Bologna: Il Mulino, 1991. p. 65-66.

55. Idem, p. 89-90. Como observa igualmente André Tunc, “le litige dont une cour suprême est saisie n’est pour elle que l’occasion de remplir sa mission principale. Elle statue dans l’intérêt du droit – donc de tous les citoyens – plus que dans celui des plaideurs. (...) La cour suprême doit avant tout guider les autres juridictions, presider à l’élaboration du droit judiciaire. Elle a, pourrait-on dire, une fonction pastorale” (La Cour Suprême idéale. In: Pierre Bellet e André Tunc (coords.) La Cour Judiciaire Suprême – Une enquête comparative. Paris: Economica, 1978. p. 437).

50. Jerzy Wróblewski. The judicial application of law. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1992. p. 255.

51. Michele Taruffo. Le Funzioni delle Corti Supreme. Cenni Generali. Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. p. 14; Luiz

civil a respeito do significado do Direito em determinado caso e efetiva vinculação de todo o Poder Judiciário ao sentido outorgado ao Direito pela Corte Suprema a partir de determinada causa, e, de outro, pelo adequado desenvolvimento do Direito diante das novas necessidades sociais. Em ambos os casos, a consecução da unidade do Direito depende da atividade interpretativa realizada pela Corte Suprema: seja ao definir, observar e fazer observar a “interpretazione-prodotto”, seja ao empreender, observar e fazer observar as normas que regem a “interpretazione-attività”, essa vela pela sua unidade, na medida em que sem a última palavra a respeito do significado do Direito não há como orientar e vincular condutas e sem adequada atividade para sua obtenção não há como viabilizar uma justa interpretação seja para definir o seu significado, seja para desenvolvê-lo apropriadamente.

Dai que interpretar adequadamente o Direito não é um evento acidental na vida da Corte Suprema. Pelo contrário: interpretar adequadamente o Direito é a razão pela qual a corte existe, na medida em que sem a sua interpretação não há como viabilizar-se a unidade do Direito. Nesse modelo, a interpretação judicial da corte não é subserviente ao controle da legalidade da decisão recorrida. Sendo a função da Corte Suprema a outorga de unidade ao Direito, a sua adequada interpretação é ponto de chegada, sendo a decisão recorrida em que se consubstancia o caso concreto apenas seu ponto de partida. Isso quer dizer que a Corte Suprema, como corte de interpretação, é uma verdadeira corte de precedentes, sendo o precedente judicial ao mesmo tempo encarnação da adequada interpretação do Direito e meio para obtenção da sua unidade.

Conseqüentemente, tendo a interpretação da Corte Suprema valor em si mesma, sendo o móvel que legitima sua existência e outorga sua função, eventual dissenso na sua observância pelos seus próprios membros ou por outros órgãos jurisdicionais é encarado como um fato grave, como um desrespeito e um ato de rebeldia diante da sua autoridade, que deve ser evitado e, em sendo o caso, prontamente eliminado pelo sistema jurídico e pela sua própria atuação. É exatamente por essa razão, no que agora interessa, que a “review on a writ of certiorari” pela Supreme Court estadunidense é admitida em questões importantes em que precedentes da corte foram violados ou não foram empregados quando deveriam (Rule 10, Rules of the Supreme Court)⁵⁶ e que o recurso de Revision para o Bundesgerichtshof alemão é admitido quando é necessário para assegurar a igualdade de tratamento diante da jurisprudência (“die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgericht erfordert”, § 543, 2, 2, segunda parte, Zivilprozessordnung).

Como a Corte Suprema pressupõe uma teoria da interpretação jurídica que reconhece a equívocidade potencial de todos os enunciados jurídicos, a negativa de adoção

56. Embora tenha nascido como um meio extraordinário de viabilizar o acesso à Supreme Court, atualmente o writ of certiorari consiste, na prática, na sua única via de acesso. Sobre o assunto, amplamente, Vittoria Barsotti. *L'Arte di Tacere – Strumenti e tecniche di non decisione della corte suprema degli Stati Uniti*. Torino: Giappichelli, 1999. p. 61-131; Jeffrey Segal e Harold Spaeth. *The Supreme Court and the attitudinal model*. Op. cit., p. 179-185.

de suas razões para solução de casos idênticos ou similares constitui negação não só da sua autoridade como corte encarregada de dar a última palavra a respeito da adequada interpretação do Direito, mas acima de tudo negação da própria ideia de ordem jurídica – entendida como ordem vinculante. A rejeição – ou ignorância – das razões invocadas pela Corte Suprema no seu processo interpretativo para decisão de determinada questão idêntica ou similar constitui violação da ordem jurídica que a corte tem por missão tutelar, haja vista que, nesse contexto teórico, a norma jurídica não é outra coisa senão o resultado da sua interpretação. Em semelhante modelo, portanto, a regra do stare decisis é imprescindível para o adequado funcionamento do Direito e de todo o sistema encarregado de distribuir justiça. Reconhecer força vinculante ao precedente nesse contexto não é uma decorrência de uma norma de direito positivo, mas uma consequência direta do reconhecimento do caráter argumentativo da interpretação jurídica.⁵⁷ Dito claramente: a regra do stare decisis é inerente ao modelo jurídico pressuposto pela Corte Suprema.

A nomoflaquia do recurso dirigido à Corte Suprema, como se vê, não está no exercício de um controle casuístico das decisões recorridas. Essa consiste na definição da adequada interpretação do Direito. Desse modo, o recurso à Corte Suprema não tem nenhuma razão para ser encarado como um direito subjetivo da parte. É por essa razão, a propósito, que a admissão do writ of certiorari para Supreme Court estadunidense “is not a matter of right, but of judicial discretion” (Rule 10, Rules of the Supreme Court). A admissão do recurso aí é submetida à demonstração do interesse público no seu julgamento,⁵⁸ consubstanciado na consecução da unidade do Direito pela Corte Suprema mediante o seu conhecimento. Com a compreensão da função de nomoflaquia da Corte Suprema como uma função interpretativa, surge a possibilidade de submeter o recurso à corte a filtros recursais, bem como permitir a concentração de julgamentos de casos que versem idêntica controvérsia para obtenção de um quadro mais amplo de razões recursais que viabilizem uma compreensão plural do caso e a formulação de uma adequada interpretação das normas aí envolvidas.

Isso quer dizer que, a partir da compreensão da nomoflaquia da Corte Suprema como uma nomoflaquia interpretativa, o recurso passa a ser viabilizado no interesse do jus constitutionis, isto é, no interesse da unidade do Direito,⁵⁹ e não para tutela do jus litigatoris, sendo então apropriado cogitar da imposição de condições especiais para

57. Neil MacCormick. *Rhetoric and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 91. Por essa razão, o problema da vinculação ao precedente não é um problema de direito positivo, mas um problema ligado à teoria do Direito, ao significado da interpretação jurídica e à metodologia jurídica a ela subjacente.

58. Stephen Goldstein. The role of supreme courts at the national and international level – Common law countries. In: P. Yessiou-Falsetti (coord.). *The role of the supreme courts at the national and international level – Reports for the thessaloniki international colloquium cit.*, p. 304.

59. Michele Taruffo. *La corte di cassazione e la legge. Il vertice ambiguo – Saggi sulla cassazione civile cit.*, p. 67.

admissão do recurso à Corte Suprema.⁶⁰ É por essa razão, por exemplo, que o recurso de Revisão alemão ao *Bundesgerichtshof*, conforme o § 543, 2, *Zivilprozessordnung*, tem seu conhecimento condicionado à demonstração de uma questão jurídica de fundamental importância (“*die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung*”), da necessidade de promover o desenvolvimento do Direito (“*die Fortbildung des Rechts*”) ou da necessidade de assegurar a igualdade de todos perante a jurisprudência (“*die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgericht erfordert*”).⁶¹ Da mesma forma, a *permission* para acessar a *Supreme Court of the United Kingdom* (Rule 40, n. 6, *Constitutional Reform Act* de 2005) — sucessora da antiga *leave to appeal* para a *House of Lords* — também só é concedida nos casos em que o recurso alegue “*points of law of general public importance*”.⁶² A matéria que a Corte Suprema deve examinar, portanto, é *selecionada* não a partir de uma rígida separação entre questões de fato e questões de direito, impraticável em um contexto teórico que pressupõe a reciprocidade implicação entre fato e direito na constituição do caso, mas sim a partir de um *critério teleológico*, que leve em consideração a *função* que a corte desempenha na ordem jurídica.⁶³

Como a Corte Suprema tem por função dar unidade ao Direito mediante sua adequada interpretação, respondendo o recurso mais ao *jus constitutionis* que ao *jus litigatoris*, resulta daí a existência de um *acentuado autocontrole da corte* a respeito da sua própria atuação. Tendo em conta que o caso concreto levado pela parte é apenas um meio para que a corte desempenhe sua função interpretativa,⁶⁴ não estando sua atuação teleológi-

60. Michele Taruffo. Le funzioni delle Corti Supreme. Cenni generali. *Annuario di Diritto Comparato e Studi Legislativi* cit., p. 18-22; Elisabetta Silvestri. Corti Supreme Europee: Accesso, Filtri e Selezione. *Le Corti Supreme*. Milano: Giuffrè, 2001. p. 113; André Tunc. La Cour Suprême Idéale. In: Pierre Bellet e André Tunc (coords.). *La Cour Judiciaire Suprême – Une Enquête Comparative*. Paris: Economica, 1978. p. 440-447.

61. Sobre a disciplina de acesso ao *Bundesgerichtshof*, Silvia Sonelli. *L'Accesso alla Corte Suprema e l'Ambito del suo Sindacato – Un contributo al dibattito sulla cassazione civile in un'ottica comparatistica*. Torino: Giappichelli, 2001. p. 82-95.

62. Chiara Besso. Corti Supreme a confronto: analogie e differenze. In: Chiara Besso e Sergio Chiarloni (coords.). *Problemi e prospettive delle Corti Supreme: esperienze a confronto*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2012. p. 145.

63. Trata-se de critério proposto pela doutrina alemã da segunda metade de Novecentos, especialmente por Erich Schwinge. *Grundlagen des Revisionsrecht*. 2. ed. Bonn: Semmel, 1960. p. 132-136, e Kurt Kuchinke. *Grenzen der Nachprüfbarkeit tarichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz – Ein Beitrag zum Problem von Rechts- und Tatfrage*. Bielefeld: Gieseking, 1964. p. 211-215, cujo debate pode ser consultado em Mauro Bove. *Il Sindacato della Corte di Cassazione – Contenuto e Limiti*. Milano: Giuffrè, 1993. p. 25-63, Remo Caponi. La decisione della causa nel merito da parte della corte di cassazione italiana e del *bundesgerichtshof* tedesco. *Diritto e Giurisprudenza*. Napoli: Jovene Editore, 1996. p. 236-307, Michele Comastri. *Giudizio di cassazione e poteri officiosi in ordine alle questioni di merito*. Torino: Giappichelli, 2012. p. 121-132.

64. Vittoria Barsotti. *L'arte di tacere – Strumenti e tecniche di non decisione della Corte Suprema degli Stati Uniti*. Op. cit., p. 292.

camente a ele condicionada, pode a Corte Suprema aproveitar o caso narrado pela parte para, a partir dele, dar unidade ao Direito, *ainda que para tanto tenha de se pronunciar sobre questões que pertencem à matéria que envolve o caso, mas que não foram efetivamente impugnadas pela parte*. É o que, por exemplo, podem fazer o *Bundesgerichtshof* alemão e a *Cour de Cassation* francesa. O § 557, 3, *Zivilprozessordnung* refere que essa corte está autorizada a fazer valer motivos de revisão não arguidos pelas partes no recurso (“*das Revisionsgericht ist an die geltend gemachten Revisionsgründe nicht gebunden*”). O artigo 620, n. 2, *Nouveau Code de Procédure Civile*, não por acaso introduziu a partir do reconhecimento da função “*jurisdictionnelle et normative*”⁶⁵ da *Cour de Cassation*, igualmente autoriza esse tribunal a cassar a decisão atacada levando em consideração de ofício um motivo de puro direito (“*peut, sauf disposition contraire, casser la décision attaquée en relevant d'office un moyen de pur droit*”).⁶⁶ Na mesma linha, *eventual desistência* “*affaires*” mediante uma “*substitution des motifs*”.⁶⁶ Na mesma linha, *eventual desistência do recurso interposto não veda a Corte Suprema de se pronunciar sobre a questão jurídica por ele aportada ao seu conhecimento*. A Corte Suprema, por assim dizer, *autogoverna-se*.

4. A eficácia das decisões da Corte Suprema: a formação do precedente judicial e a declaração do direito da parte. A Corte Suprema como uma Corte de Precedentes, igualdade perante o direito e segurança jurídica como cognoscibilidade normativa. A eficácia para o futuro

A Corte Suprema é um modelo de corte cuja função está em dar unidade ao Direito mediante sua adequada interpretação. É uma corte que deve sua existência ao escopo de nomoflaquia interpretativa. Nessa linha, é natural que o *precedente* em que se consubstancia essa interpretação tenha uma *eficácia para além das partes* do caso concreto do qual derivado e seja dotado de *eficácia vinculante*, sendo considerado como uma *fonte primária do Direito*. Essa eficácia que é atribuída ao precedente da Corte Suprema se deve, a uma, do ponto de vista de seus pressupostos teóricos, ao fato de a interpretação judicial consistir em uma reconstrução semântica de textos e de elementos não textuais da ordem jurídica, e, a duas, do ponto de vista de sua função, ao fato desse modelo de corte encontrar-se direcionado para outorga da unidade do Direito mediante sua adequada interpretação.

A teoria lógico-argumentativa, sendo uma teoria não cognitivista, pressupõe a possibilidade de ser atribuída uma pluralidade de sentidos aos enunciados jurídicos, com o que a jurisdição tem de tomar *verdadeiras decisões* ao longo do processo de interpretação, que devem ser *idoneamente justificadas interna e externamente*, cujo resultado é uma obra de *reconstrução* semântica. Esse processo interpretativo culmina com a

65. Loïc Cadet. Le rôle institutionnel et politique de la cour de cassation en France: tradition, transition, mutation? *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. p. 190-191.

66. Michele Comastri. *Giudizio di cassazione e poteri officiosi in ordine alle questioni di merito*. Op. cit., p. 228.

especificação de uma solução jurídica em um determinado contexto fático-jurídico – ou, se quisermos, com um estreitamento da moldura normativa – e o seu aparecimento constitui um dado novo no sistema jurídico. Rigorosamente, não se trata propriamente de criação de norma jurídica, mas de fixação de sentido normativo anteriormente equivoco.

Essas observações levam a duas conclusões. Em primeiro lugar, sendo os enunciados jurídicos potencialmente equívocos antes do processo de interpretação, a norma que dele resulta constitui um enriquecimento do sistema jurídico, servindo o precedente como meio de determinação do Direito.⁶⁷ Em segundo lugar, como as decisões tomadas pela jurisdição no processo interpretativo devem ser justificadas, sem o que não há como racionalmente compreendê-las, daí ressaltar que a justificação judicial é da essência do ato jurisdicional, sendo seu pressuposto de existência.⁶⁸ Isso quer dizer que para identificação, compreensão e aplicação do precedente é indispensável levar em consideração as razões fático-jurídicas que presidiram a sua formação. Sem análise do caso em toda sua inteireza não há como compreender o precedente, com o que a justificação judicial e os fatos da causa nela implicados não constituem elementos marginais para compreensão do modelo de Corte Suprema. Vale dizer: a justificação judicial não é neutra e indiferente no processo de interpretação.

A função de nomoflaquia interpretativa exercida pela Corte Suprema também justifica a vinculação ao precedente. Sendo o propósito desse modelo de corte a eliminação da equívocidade do Direito diante de determinado contexto fático-normativo mediante a fixação de sua adequada interpretação, é natural que a norma daí oriunda desempenhe um papel de guia para sua interpretação futura, atuando de forma proativa para obtenção da unidade do Direito. A Corte Suprema é uma corte de interpretação, cuja missão é formar precedentes. Negar eficácia para além das partes do processo e eficácia vinculante à sua interpretação, portanto, é negar a sua própria razão de existência, tolhendo a Corte Suprema da sua razão de ser dentro do ordenamento jurídico.

A produção de precedentes vinculantes com eficácia para além das partes constitui o resultado indissociável dos pressupostos teóricos e da função interpretativa inerente à Corte Suprema. A vinculação ao precedente – o que exige atenção à justificação judicial e, portanto, ao contexto fático-jurídico que lhe serve de matéria-prima⁶⁹ – é inerente ao modelo de Corte Suprema.⁷⁰ Daí que sem força vinculante horizontal e vertical, o que implica dever de observância do precedente pelos próprios membros da

Corte Suprema e por todos os órgãos jurisdicionais, a Corte Suprema não tem como outorgar unidade ao Direito mediante seus precedentes. Dessa forma, o precedente judicial nesse modelo constitui fonte primária do Direito,⁷¹ cuja eficácia vinculante não decorre nem do costume judicial e da doutrina,⁷² nem da bondade e da congruência social das razões invocadas,⁷³ mas da força institucionalizante da interpretação jurisdicional,⁷⁴ isto é, da força institucional da jurisdição como função básica do Estado. Vale dizer: o precedente constitui uma “authority reason”,⁷⁵ uma “must-source”,⁷⁶ atuando, portanto, como uma verdadeira “exclusionary reason”⁷⁷ na formação da decisão judicial.

Há, no entanto, quem negue a possibilidade de aludir-se propriamente a precedentes vinculantes, preferindo falar a respeito em “força del precedente per indicare il grado, o l'intensità con cui esso riesce ad influire sulle decisioni successive”.⁷⁸ Nessa linha, refere criticamente à doutrina que “da un lato, non è appropriato dire che il precedente di common law è vincolante, nel senso che ne derivi un vero e proprio obbligo del secondo giudice di attenersi al precedente. E noto che anche nel sistema inglese, che pare essere quello in cui il precedente è dotato di maggiore efficacia, i giudici usano numerose e sofisticate tecniche

Giuffrè, 1981. p. 511-540; Marino Bin. Il precedente giudiziario – Valore e interpretazione. Padova: Cedam, 1995. p. 71-88.

71. Giuseppe Zaccaria. La Giurisprudenza come fonte di diritto – Un'evoluzione storica e teorica. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007. p. 7-21. Sobre o problema do precedente judicial como fonte do Direito, amplamente, José Rogério Cruz e Tucci. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Ed. RT, 2004.

72. Como estimava Carl Friedrich von Savigny. System des heutigen römischen Rechts. Berlin: Veit und Comp., 1840. p. 34-38 (Gewohnheitsrecht – costume jurídico) e p. 45-49 (Wissenschaftliches Recht – direito científico ou simplesmente doutrina), t. 1.

73. Como propôs Josef Esser. Richterrecht Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht. In: Josef Esser e Hans Thiemé (coords.). Festschrift für Fritz von Hippel zum 70 Geburtstag. Tübingen, Mohr Siebeck, 1967. p. 95-130.

74. Martin Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsin-terpretation. Berlin: Duncker & Humblot, 1967. p. 243 e ss.; Gino Gorla. L'uniforme interpretazione della legge e i Tribunali Supremi (1976). Diritto comparato e diritto comune europeo cit., p. 511-540; Giuseppe Zaccaria. La giurisprudenza come fonte di diritto – Un'evoluzione storica e teorica. Op. cit., p. 21.

75. Aleksander Peczenik. On law and reason cit., p. 259.

76. Aleksander Peczenik. The basis of legal justification. Lund, 1983. p. 36.

77. Joseph Raz. Practical reason and norms. Oxford: Oxford University Press, 1975. p. 39-40.

78. Michele Taruffo. Precedente e Giurisprudenza cit., p. 716, com apoio em Aleksander Peczenik. The binding force of precedent. In: Neil MacCormick e Robert Summers (coords.). Interpreting precedents – A comparative study. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997. p. 461-479, nada obstante esse último observe, com razão, que “no doubt, formal bindingness may be regarded as a non-graded concept, like ‘pregnant’: a precedent is formally binding or not, and it cannot be binding to a degree” (The binding force of precedent. In: Neil MacCormick e Robert Summers (coords.). Interpreting precedents – A comparative study cit., p. 478).

67. Aleksander Peczenik. On law and reason cit., p. 333.

68. É por essa razão, a propósito, que Michele Taruffo conclui pela inexistência da sentença, como ato jurisdicional, na hipótese de ausência de adequada motivação (La Motivazione della Sentenza Civile cit., p. 462-466).

69. Gino Gorla. Enciclopedia giuridica treccani. Roma: Treccani, 1990. p. 10.

70. Idem, p. 5. Sobre o assunto, amplamente, Gino Gorla. L'uniforme interpretazione della legge e i Tribunali Supremi (1976). Diritto comparato e diritto comune europeo. Milano:

argomentative, tra cui il distinguishing e l'overruling, al fine di non considerarsi vincolati dal precedente che non intendono seguire. Rimane dunque vero che in quell'ordinamento il precedente è dotato di notevole forza, in quanto ci si aspetta che in linea di massima il giudice successivo lo segua – come in fatti solitamente accade –, ma questa forza è sempre defeasible, poichè il secondo giudice può disattendere il precedente quando ritenga opportuno farlo al fine di formulare una soluzione più giusta del caso che deve decidere.⁷⁹

Todavia, é preciso ter presente, de um lado, que *distinguishing* e *overruling* são técnicas que justamente *pressupõem* a força vinculante do precedente. A distinção serve justamente para mostrar que não há analogia possível entre os casos, de modo que o caso está fora do âmbito do precedente.⁸⁰ O *overruling* é a superação total do precedente e constitui um poder dado apenas aos órgãos que foram encarregados da sua formulação mediante um complexo encargo argumentativo, que envolve a demonstração do desgaste do precedente no que tange à sua congruência social e consistência sistêmica.⁸¹ A distinção e a superação, portanto, são técnicas que, longe de infirmarem a vinculação ao precedente, a *pressupõe*. De outro, em uma perspectiva lógico-argumentativa da interpretação, a *defeasibility* está longe de ser uma característica apenas do precedente judicial. Como observa a doutrina, a superabilidade constante das normas é uma característica do Direito como um todo,⁸² de modo que semelhante argumento também não serve para infirmar a força vinculante do precedente.

É claro que a vinculação ao precedente judicial depende do seu *reconhecimento* pelos juízes encarregados de aplicá-lo.⁸³ *Identificação* essa que exige igualmente *interpretação*. Isso, no entanto, *não autoriza a negação de sua autoridade*, remetendo apenas o problema da sua identificação e aplicação ao terreno da interpretação. Assim como é possível interpretar de maneira equivocada a legislação, também é possível interpretar de modo inadequado o precedente. Tanto quanto a legislação, portanto, o precedente também exige especial atenção por parte do intérprete – nenhum caso é *intrinsecamente* análogo a outro, sendo a *individualização* de *elementos relevantes* num e noutro

matéria confiada à *valoração* e à *decisão* do intérprete encarregado de aplicá-lo.⁸⁴ Da mesma forma, a *ratio decidendi* – também conhecida como *holding* de um caso⁸⁵ – não é ofertada ao intérprete sem interpretação: essa constitui uma *generalização das razões* adotadas como *passos necessários e suficientes* para decidir um caso ou as questões de um caso pela Corte Suprema.⁸⁶ É fruto, portanto, de uma *universalização* que deve ser empreendida pelo intérprete.⁸⁷ O precedente exige, para sua adequada identificação e aplicação, *juízes sensíveis e atentos às particularidades dos casos* e capazes de empreender *sofisticados processos de identificação e universalização de razões*.

Partindo-se dessa perspectiva, em que texto e norma não se confundem e que a atividade interpretativa exige a invocação de razões para outorga de sentido ao texto e reconstrução da norma, impõe-se que a *igualdade* seja pensada tendo como referência as *normas* que são reconstruídas a partir dos *textos legislativos no processo de interpretação*. Se texto e norma não se confundem, é claro que é insuficiente garantir a igualdade de todos perante a lei – *pressupondo-se* que essa tenha em si uma única norma intrínseca. A igualdade deve ser dimensionada e promovida a partir do *produto da interpretação*. A igualdade deve ser garantida diante do Direito – isto é, diante da sua expressão concreta, diante dos precedentes judiciais.⁸⁸ Da mesma forma, é preciso reconhecer a *segurança jurídica* como um *problema argumentativo*, ligado à *cognoscibilidade* dos sentidos que os enunciados jurídicos podem apresentar mediante um processo lógico-argumentativo de interpretação.⁸⁹ A segurança jurídica não é, portanto, um problema ligado à prévia e absoluta determinação de sentido do texto, embora tenha na sua raiz inequivocamente um problema semântico. Não é um problema *estático*. É um problema *dinâmico*, ligado à *adequada estruturação da atividade interpretativa para individualização, valoração e escolha de sentido*. Proteger a segurança jurídica nessa dimensão, portanto, significa, em primeiro lugar, viabilizar a *cognoscibilidade* do Direito.⁹⁰

A compreensão da interpretação em uma perspectiva lógico-argumentativa, portanto, retira o foco exclusivamente da lei e coloca-o também no precedente, de modo que a *igualdade* a partir daí deve ser pensada também diante do *produto*

79. Michele Taruffo. Precedente e giurisprudenza. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2007. p. 716.

80. Neil Duxbury. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 113.

81. Melvin Eisenberg. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 104-105.

82. Neil MacCormick. *Rhetoric and the rule of law*. Oxford: Oxford University Press, 2005. p. 237-253; Riccardo Guastini. *Interpretare e argomentare* cit., p. 42-43.

83. Daí a razão pela qual afirma, com razão, Raimo Siltala. *A theory of precedent – From analytical positivism to a post-analytical philosophy of law*. Oxford: Hart Publishing, 2000. p. 65, que “the resulting binding force of a precedent is brought into effect by the mutual effort of the two or more courts involved, i. e., the prior court or courts and the subsequent court”.

84. Riccardo Guastini. *Interpretare e argomentare* cit., p. 263.

85. Melvin Eisenberg. *The nature of the common law*. Cambridge: Harvard University Press, 1991. p. 52. Anote-se apenas que a expressão *holding* para designar a *ratio decidendi* é mais comum nos Estados Unidos da América do que na Inglaterra (Geoffrey Marshall. *What is binding in a precedent*. In: Neil MacCormick e Robert Summers (coords.). *Interpreting precedents – A comparative study*. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997. p. 513).

86. Sobre o assunto, amplamente, Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 221-263.

87. Riccardo Guastini. *Interpretare e argomentare* cit., p. 264.

88. Humberto Ávila. *Segurança jurídica...* cit., p. 463 e 617-618.

89. *Idem*, p. 137.

90. *Idem*, p. 122-123.

da interpretação e a segurança jurídica, diante de um quadro que englobe tanto a atividade interpretativa como o seu resultado. Dessa forma, o precedente, sendo fruto da reconstrução do sentido da lei, passa a ser o derradeiro garante da igualdade e da cognoscibilidade do Direito no modelo de Corte Suprema. Justamente por essa razão, o modelo de Corte Suprema pressupõe unidade na interpretação judicial da legislação e um forte sentimento de unidade institucional no Poder Judiciário.⁹¹ Como os enunciados legislativos são equívocos, a unidade do Direito só pode ser alcançada se o juiz entender-se como parte de um todo, em que o respeito à igualdade e à promoção da segurança jurídica dependem da atuação conjunta e coordenada – isto é, orquestrada – de todo o Poder Judiciário. Vale dizer: depende da consciência da unidade institucional do Poder Judiciário, cuja liderança toca à Corte Suprema.

A força vinculante do precedente judicial não depende, portanto, de uma manifestação específica do direito positivo. É consequência de uma determinada concepção a respeito do que é o Direito e do valor que deve ser reconhecido à interpretação. A vinculação ao precedente, portanto, resulta da consideração do ordenamento jurídico como um todo e, especialmente, do valor que deve ser dado à igualdade e à segurança jurídica. Isso quer dizer que a vinculação ao precedente não existe apenas nos casos em que determinado direito positivo eventualmente reconhece eficácia normativa geral às razões que se encontram à base de certas decisões judiciais. O precedente, uma vez formado, integra a ordem jurídica como fonte primária do Direito e deve ser levado em consideração no momento de identificação da norma aplicável a determinado caso concreto. Vale dizer: integra o âmbito protegido pela segurança jurídica objetivamente considerada, como elemento indissociável da cognoscibilidade.

Sendo parte integrante do ordenamento jurídico, o precedente deve ser levado em consideração como parâmetro necessário para aferição da igualdade de todos perante a ordem jurídica e para promoção da segurança jurídica. Isso implica, a uma, que casos iguais sejam tratados de forma igual pela Corte Suprema e por todos os órgãos jurisdicionais a ela ligados a partir do conteúdo do precedente, e, a duas, que a exigência de cognoscibilidade inerente à segurança jurídica leve em consideração o processo de interpretação judicial do Direito e o seu resultado.

É certo, no entanto, que a aplicação do precedente na perspectiva da igualdade e da segurança jurídica pode ser fortemente problematizada tanto no momento de formação do precedente como no momento de sua alteração. Em ambos os casos, há uma crise de estabilidade do significado dos enunciados legislativos que se encontram à base do precedente.

Pode ocorrer que, no momento de formação de um determinado precedente, existam sincronicamente múltiplas interpretações judiciais nas instâncias ordinárias sobre o significado de determinado enunciado legal. Pode inclusive ocorrer de conviver

nesse mesmo momento interpretações judiciais diferentes na instância extraordinária, encarrada de formar o precedente, sem que o órgão encarregado de outorgar unidade ao Direito dentro da Corte Suprema tenha apreciado a questão em toda a sua inteireza e com quórum suficiente para formação do precedente. Essas interpretações podem inclusive transitar em julgado, adquirindo cada qual a proteção inerente à coisa julgada.

Uma solução orientada por uma perspectiva lógico-argumentativa, que prespõe a potencial equivocidade dos enunciados legais, prestigia no momento de desacordo interpretativo que marca naturalmente o período de formação do precedente a segurança jurídica pela consolidação das situações individuais. Vale dizer: protege as interpretações jurisdicionais possíveis e, portanto, igualmente legítimas consolidadas no momento anterior à formação do precedente. É que, em um quadro teórico que rejeita univocidade normativa do texto e uma função puramente declaratório-descritiva da jurisdição, não é possível pressupor que a norma sempre existiu e que, dessa forma, a consolidação da interpretação judicial vencedora na Corte Suprema deve ser imposta a todos os casos indistintamente. E isso por duas razões. A primeira delas é que semelhante solução nega o caráter polissêmico da linguagem jurídica e daí a autonomia da jurisdição na sua interpretação e aplicação. A segunda é que semelhante solução nega força à coisa julgada, fazendo a sua proteção depender sempre de um evento futuro e incerto: a confirmação do seu conteúdo por um precedente da Corte Suprema. Daí que em um momento de instabilidade da ordem jurídica em termos gerais, pela ausência de precedente que delimite com maior precisão o significado dos enunciados legislativos e o contexto fático-jurídico em que é aplicável, deve-se prestigiar a segurança jurídica em termos individuais, cuja proteção é garantida pela coisa julgada. Trata-se de proteção objetiva, que depende tão somente da formação da coisa julgada em momento anterior à pacificação da interpretação judicial pela Corte Suprema.⁹² A igualdade realiza-se aí pelo tratamento isonômico deferido a todos que se encontram na mesma situação: aqueles que contam com a proteção da coisa julgada, têm suas esferas jurídicas protegidas contra o precedente superveniente; aqueles que não contam com a proteção da coisa julgada, ficam sujeitos à força do precedente.

Pode ocorrer, igualmente, de a Corte Suprema alterar diacronicamente o seu precedente e com isso acarretar igualmente uma crise de estabilidade no significado de determinado enunciado legislativo. O problema está em saber se, à luz da necessidade de igualdade e de segurança jurídica, semelhante mudança deve atingir todos os processos em curso que versem sobre a mesma questão ou se, do contrário, a nova orientação deve apenas ter eficácia para o futuro.

O precedente protege a todos que se encontram ao abrigo da jurisdição da Corte Suprema. Sendo a norma fruto da sua interpretação judicial, conhecer o direito aplicável significa conhecer a interpretação a ele conferida pela Corte Suprema. A existência de

91. John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo. *The civil law tradition*. 3. ed. Stanford: Stanford University Press, 2007. p. 34-38.

92. Humberto Avila. *Segurança jurídica...* cit., p. 352-355.

determinado precedente, portanto, assegura a cognoscibilidade normativa. Como, no entanto, a mudança é conatural ao Direito, que vive na cultura e na historicidade, a possibilidade de modificação do precedente é inseparável do seu processo de evolução. Daí surge a necessidade de conjugar, de um lado, a *necessidade de mudança* no Direito, e, de outro, a proteção ao *planejamento jurídico* realizado e atuado com base no conhecimento de determinado precedente. Isso quer dizer que, *havendo atuação da parte em conformidade com o precedente, a sua alteração não pode atingi-la retroativamente, obrigando-a a observar uma norma contrária àquela existente no momento da sua atuação*. É preciso, nesse caso, reconhecer o precedente como elemento de cognoscibilidade e proteger a confiança nele depositada, tutelando-se especialmente os atos de *disposição* praticados em função do exercício do *direito de liberdade* com base na confiança no precedente revogado.⁹³ Nesse caso, a alteração do precedente *não pode ter eficácia retroativa*, sendo eficaz tão somente para o futuro. Trata-se de proteção que diante da *Supreme Court* estadunidense, por exemplo, é outorgada mediante a adoção da *prospective overruling*.⁹⁴ É que, do contrário, há ofensa à igualdade e à segurança jurídica como cognoscibilidade e como confiabilidade, na medida em que pessoas que atuaram sincronicamente sob a mesma base normativa logriam diferentes respostas interpretativas por conta de uma diacrônica alteração do precedente.

A teoria lógico-argumentativa, em momentos de crise de estabilidade do significado normativo, salvaguarda o caráter potencialmente equivoco da linguagem jurídica e, por meio da igualdade e da segurança jurídica, protege todos aqueles que conheciam seus precedentes e por eles se pautaram. A *igualdade* está em tratar todos que atuaram em determinado momento temporal de forma isonômica, seja por razões individuais ligadas à formação da coisa julgada, seja por razões gerativas atinentes ao conhecimento de determinado precedente e à confiança nele depositada. A segurança está na proteção contra a irretroatividade que pode ser evidenciada pela mudança do precedente, protegendo-se a atuação fundada na cognoscibilidade ofertada pelo precedente anterior. Em todos esses casos, a Corte Suprema revela seu caráter proativo, cuja função está em orientar a conduta social para o futuro.

93. Idem, p. 462-496.

94. Pela primeira vez proposta pela *Supreme Court* estadunidense em 1932 no julgamento do célebre caso *Northern Railway v. Sunburst Oil and Refining Co* (287 U.S. 358). Sobre o assunto, Melvin Eisenberg. *The nature of the common law* cit., p. 127-132; Maurizio Lupoi. *Valore dichiarativo della sentenza ed irretroattività del mutamento giurisprudenziale nel diritto statunitense. Foro Italiano*. Roma: Società Editrice del "Foro Italiano", 1969. p. 722-738; Ugo Mattei. *Stare decisis – Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*. Milano: Giuffrè, 1988. p. 309-325; Remo Caponi. *Il mutamento di giurisprudenza costante della corte di cassazione in materia di interpretazione di norme processuali come ius superveniens irretroattivo. Foro Italiano*. Roma: Società Editrice del "Foro Italiano", 2010; Luiz Guilherme Marinoni. *Precedentes obrigatórios* cit., p. 421-458.

Parte IV

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça como Cortes Supremas: do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, como cortes responsáveis por dar a *última palavra* a respeito da interpretação da Constituição e da legislação infraconstitucional federal na ordem jurídica brasileira, devem ser pensados como *Cortes Supremas*, a fim de que se possa reconstruí-los em termos conceituais, estruturais, funcionais e eficaciais a partir de um quadro teórico capaz de fornecer *soluções coerentes* aos problemas ligados à interpretação judicial no Estado Constitucional. Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça devem ser pensados como *cortes de interpretação* e não como *cortes de controle*, como *cortes de precedentes* e não como *cortes de jurisprudência*, tendo *autogoverno* e sendo dotados de meios idôneos para consecução da *tutela do direito em uma dimensão geral* de forma *isonômica e segura*.

1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça como Cortes Supremas. Pressupostos teóricos

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não podem ser pensados como cortes que apenas declaram o sentido prévio, intrínseco e unívoco da Constituição e da legislação infraconstitucional federal. A potencial equivocidade da linguagem¹ – fruto da ambiguidade, implicabilidade, superabilidade e abrangibilidade dos enunciados textuais – impede que se considere o processo de interpretação do Direito como algo neutro e cujo resultado é unívoco. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, pelo contrário, são cortes que *outorgam sentido* à Constituição e à legislação infraconstitucional federal e visam *a reduzir a equivocidade* dos enunciados linguísticos em que o Direito comumente é vazado. São cortes, em última análise, que *decidem o sentido da Constituição e da legislação infraconstitucional federal*.

1. Giovanni Tarello. *L'Interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè, 1980. p. 27; Riccardo Guastini. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 39-46; Pierluigi Chiassoni. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 56. Sobre o assunto, ainda, retro, parte III, item I.