

AGRADECIMENTOS

A presente obra representa a versão comercial da minha dissertação de mestrado, defendida, em 2014, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Representa, no fundo, o resultado de ausências e de presenças. E por essas duas razões, preciso agradecer. Embora as ausências, penso, estejam justificadas pelo resultado em si, é inevitável referi-las.

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

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

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

E aqui começam as presenças.

Agradeço em primeiro lugar (como deve ser) e muito especialmente, ao meu orientador, Daniel Mitidiero. Meu Mestre, orientador e amigo. Daniel, muito obrigado por ter, em 2006, feito com que eu conhecesse o processo civil (e o direito como um todo) por meio da paixão com que tu ensinas. Obrigado por esses 10 anos de convívio, incentivando sempre com essa mesma paixão o estudo sério do processo civil. Obrigado, particularmente, por ter aceitado e conduzido sempre disposto e disponível essa orientação, no sentido mais central da palavra: indicando-me a direção para que eu pudesse me desenvolver. Muito obrigado!

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

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

Agradeço aos meus colegas do mestrado e da vida: Maria Angélica Feijó, Otávio Domit, Paulo Mendes, Renzo Cavani, Vitor Ramos, Rafael Abreu e Ronaldo Kochen. Muito obrigado pelo companheirismo, pelos debates, pelo convívio dentro e fora da academia. Ao Rafael, agradeço também a parceria do período em Edimburgo.

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

Agradeço à Faculdade de Direito da Universidade de Edimburgo, por ter-me recebido na qualidade de *member of the public*, permitindo que muito da pesquisa para a presente obra pudesse ter sido enriquecida com o contato com a literatura lá disponível. Agradeço também a Frances Fullarton (Fran), funcionária sempre prestativa da biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Edimburgo, que proporcionou todo o apoio para o máximo proveito da pesquisa.

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

Agradeço aos professores Humberto Ávila, Teresa Arruda Alvim Wambier e Klaus Koplin, que gentilmente aceitaram o convite de participar da minha banca final. Suas arguições foram certeiras, fazendo-me, com muito orgulho, refletir e repensar o trabalho.

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

E, por aquela presença que mais me faz feliz, agradeço, finalmente, à Débora: “*que nada nos separe por favor*”.

Londres, agosto de 2015.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS.....	13
INTRODUÇÃO	19

PARTE I

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

1. INTERPRETAÇÃO JUDICIAL. INTERPRETAÇÃO-ATIVIDADE E INTERPRETAÇÃO-PRODUTO. TIPOS E TEORIAS DA INTERPRETAÇÃO.....	25
2. A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL ENTRE DOIS MUNDOS: DO FORMALISMO AO ANTIFORMALISMO.....	29
2.1 O formalismo interpretativo	30
2.1.1 O formalismo interpretativo no Continente Europeu	32
2.1.1.1 <i>A École de l'Exégèse</i>	32
2.1.1.2 A Escola Histórica do Direito e a <i>Begriffsjurisprudenz</i>	37
2.1.2 O formalismo interpretativo no <i>common law: a analytical jurisprudence</i>	42
2.2 O antiformalismo interpretativo	46
2.2.1 As primeiras reações ao formalismo interpretativo	47
2.2.1.1 No Continente: o movimento do direito livre, a <i>Libre Recherche Scientifique (Freirechtsbewegung)</i> e a <i>Interessenjurisprudenz</i>	47
2.2.1.2 No <i>common law</i> : o realismo jurídico americano ..	49
2.2.2 O antiformalismo na vertente hermenêutica.....	57

2.2.3	O antiformalismo na vertente retórica e lógico-argumentativa.....	60
2.2.3.1	A teoria tópica de Viehweg.....	61
2.2.3.2	A <i>Nouvelle Rhétorique</i> de Chaïm Perelman.....	65
2.2.3.3	A teoria lógico-argumentativa.....	68
3.	A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL NO MARCO DO ESTADO CONSTITUCIONAL.....	73
3.1	Análise crítica da teoria formalista.....	73
3.2	Análise crítica da teoria antiformalista.....	80
3.3	A interpretação judicial no Estado Constitucional.....	83
3.3.1	Mudança na teoria das normas e na técnica legislativa.....	84
3.3.2	A atividade do intérprete.....	86
3.3.3	Texto e norma.....	88
3.3.4	A justificação da decisão judicial como núcleo da atividade jurisdicional no Estado Constitucional.....	88

PARTE II

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

1.	A TUTELA DOS DIREITOS EM PERSPECTIVA GERAL E PARTICULAR COMO FIM DO PROCESSO CIVIL NO ESTADO CONSTITUCIONAL	101
1.1	Da defesa dos direitos subjetivos à atuação da vontade concreta da lei.....	101
1.2	Processualismo: o resultado do programa formalista aplicado ao processo civil.....	105
1.3	Instrumentalismo: a vontade concreta do direito e sua ligação com o formalismo interpretativo.....	109
1.4	O fim do processo civil no Estado Constitucional: a tutela dos direitos numa dimensão particular e numa dimensão geral.....	113
2.	ODISCURSO DA MOTIVAÇÃO A PARTIR DA JUSTIFICAÇÃO: TUTELA DOS DIREITOS EM UMA PERSPECTIVA PARTICULAR MEDIANTE A PROLAÇÃO DE UMA DECISÃO JUSTA.....	119
2.1	A exigência de motivação das decisões judiciais.....	119

2.1.1	A fixação no século XVIII.....	119
2.1.2	A presença nas legislações do século XIX.....	124
2.1.3	O cenário geral atual do dever de motivação	125
2.1.3.1	O panorama atual na perspectiva comparada.....	125
2.1.3.2	Motivação como direito fundamental	128
2.2	A motivação relacionada à prolação de decisão justa.....	130
2.2.1	Sede material da justificação e discurso voltado à tutela dos direitos em uma perspectiva particular	130
2.2.2	Função endoprocessual e função extraprocessual.....	133
2.3	Exigências da motivação no Estado Constitucional.....	134
2.3.1	Motivação como <i>resoconto</i> . O ponto de vista do formalismo.....	134
2.3.2	A motivação é um discurso justificativo. <i>Context of discovery</i> e <i>context of justification</i>	138
2.3.3	Conteúdo da motivação no Estado Constitucional	142
2.3.4	A motivação no novo Código de Processo Civil	151
2.3.5	A motivação e estruturação do processo justo. Seu relacionamento com outros direitos fundamentais processuais....	154
3.	O DISCURSO DO PRECEDENTE A PARTIR DA JUSTIFICAÇÃO: TUTELA DOS DIREITOS EM UMA PERSPECTIVA GERAL MEDIANTE A PROMOÇÃO DA IGUALDADE E DA LIBERDADE	161
3.1	Tutela da igualdade	161
3.1.1	Igualdade como fim do Estado Constitucional.....	161
3.1.2	Superação da compreensão formalista de igualdade	162
3.1.3	Justificação e precedente: universalização de razões	164
3.1.4	Precedente como meio imediato de promoção da igualdade. Tratamento isonômico das pessoas	166
3.2	Tutela da liberdade.....	168
3.2.1	Superação da compreensão formalista de segurança jurídica.....	168
3.2.2	A justificação como fator de redução da indeterminabilidade do direito	170
3.2.3	Precedente como meio mediato à promoção da liberdade. Ambiente imediatamente mais seguro para o desenvolvimento da vida social.....	171

3.3	A estruturação e utilização do discurso do precedente.....	175
3.3.1	Dimensão institucional.....	176
3.3.2	Dimensão estrutural.....	179
3.3.3	Dimensão objetiva: a identificação do precedente. <i>Ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i>	182
3.3.3.1	A proposta de Wambaugh.....	184
3.3.3.2	O método de Goodhart: Os <i>material facts</i> e a decisão.....	184
3.3.3.3	A fórmula de Rupert Cross: a importância da razão jurídica como passo necessário para a decisão	186
3.3.3.4	A proposta de MacCormick: a interpretação de uma questão jurídica suficiente e necessária para a justificação da decisão do caso.....	188
3.3.3.5	Luiz Guilherme Marinoni: razões determinantes para solução de questões jurídicas.....	190
3.3.3.6	Considerações conclusivas sobre <i>ratio decidendi</i> e <i>obiter dictum</i> na perspectiva da função das cortes de vértice.....	192
3.3.3.6.1	Decisão de questão jurídica vinculada ao caso e debatida no processo.....	192
3.3.3.6.2	Extração da <i>ratio</i> em termos de premissa normativa da justificação interna.....	197
3.3.4	Dimensão de eficácia (ou força dos precedentes).....	198
3.4	Técnicas de utilização do precedente.....	200
3.4.1	Aplicação do precedente. O problema dos casos <i>alike</i>	200
3.4.2	<i>Distinguishing</i>	204
3.4.3	<i>Modifying</i> ou <i>overriding</i>	206
3.4.4	<i>Overruling</i>	206
	CONCLUSÃO.....	211
	BIBLIOGRAFIA.....	215

INTRODUÇÃO

A maneira como os estudiosos do direito vêm compreendendo a interpretação jurídica varia no tempo e em razão da cultura. As mais diversas escolas e correntes de pensamento jurídico tiveram influência, direta ou indiretamente, consciente ou inconscientemente, no problema da interpretação jurídica. A depender do enfoque que se dá à interpretação, verifica-se que há reflexos na prática jurídica e, até mesmo, na própria maneira como se elabora um sistema jurídico como um todo.¹ Examinar se a maneira como se compreende a interpretação jurídica influencia no modo como pode ser pensada a tutela dos direitos no Estado Constitucional é a tarefa da presente obra.

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

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

Eis, portanto, resumidamente a grande linha que busca seguir a presente obra: interpretação demanda justificação, a partir do que são extraídos dois discursos (motivação e precedente) que, juntos, permitem a tutela dos direitos (em perspectiva particular e geral). Para a avaliação da possibilidade de confirmação da hipótese aventada, parecem-nos fundamentais as respostas a quatro grandes questionamentos. A primeira pergunta a ser respondida é: *qual a mais adequada teoria da interpretação jurídica?* (ou, qual a atividade do intérprete na interpretação jurídica?); a segunda grande pergunta a ser respondida é: *em quê medida a interpretação jurídica exige justificação das decisões judiciais?* (ou, qual o grau de importância e de exigência da justificação das decisões judiciais?); a terceira grande pergunta a ser respondida é: *qual a finalidade do processo civil no Estado Constitucional?*; finalmente, a quarta grande pergunta a ser respondida é: *de que modo a justificação da decisão judicial pode colaborar para proporcionar a promoção da tutela dos direitos no Estado Constitucional?* Para tanto, o livro foi estruturado em duas partes.

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

A segunda parte do presente trabalho, por sua vez intitulada “A justificação judicial como matéria-prima da motivação e do precedente para a tutela dos direitos”, cuida da maneira como a justificação, por meio de dois diferentes discursos que dela podem ser extraídos, colabora para a obtenção das finalidades do processo civil no Estado Constitucional. Inicialmente, trata-se do problema das finalidades do processo civil na história, em que se verificará que o processo civil como

“ciência autônoma” foi construído à base de uma teoria formalista que não corresponde, no entanto, às atuais exigências. Buscaremos compreender que no marco do Estado Constitucional a finalidade do processo só pode ser pensada em termos de tutela dos direitos. A compreensão do caráter argumentativo (e, portanto, antiformalista moderado) do direito proporciona que, por meio da justificação judicial, a tutela dos direitos seja promovida em duas dimensões, uma particular e outra geral, que se estruturam, por seu turno, em torno de dois discursos: o discurso da motivação² e o do precedente.

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

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

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

3. Ovídio A. Baptista da Silva. *Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. Jurisdição, direito material e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 141.