

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO E CIÊNCIAS DO ESTADO**

**TUTELA JURISDICIONAL MEDIANTE PRECEDENTE JUDICIAL: a adequada
proteção do ordenamento jurídico no modelo do justo processo.**

Pedro Augusto Silveira Freitas

Belo Horizonte – MG
2020

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO E CIÊNCIAS DO ESTADO
PEDRO AUGUSTO SILVEIRA FREITAS

**TUTELA JURISDICIONAL MEDIANTE PRECEDENTE JUDICIAL: a adequada
proteção do ordenamento jurídico no modelo do justo processo.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, na Área de Estudo “Fundamentos do novo Processo Civil brasileiro”, inserida no Projeto Coletivo “A construção democrática das decisões judiciais: garantias judiciais como direitos humanos” e na Linha de Pesquisa “Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito: fundamentação, participação e efetividade”.

Orientadora: Professora Doutora Renata Christiana Vieira Maia.

F866t Freitas, Pedro Augusto Silveira
Tutela jurisdicional mediante precedente judicial: a adequada proteção do
ordenamento jurídico no modelo do justo processo / Pedro Augusto Silveira
Freitas. – 2020.

Orientadora: Renata Christiana Vieira Maia.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

1. Direito processual – Teses 2. Processo legal justo – Teses 3. Precedentes
judiciais – Teses 4. Tutela jurisdicional – Teses 5. Direito – Filosofia – Teses
I.Título

CDU 340.12



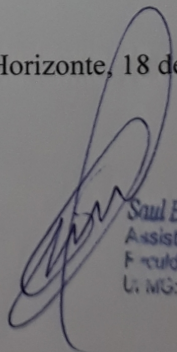
FACULDADE DE DIREITO UFMG

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

CERTIDÃO

CERTIFICO, para os devidos fins e a pedido do interessado, que **PEDRO AUGUSTO SILVEIRA FREITAS** defendeu dissertação de Mestrado sob o título "**TUTELA JURISDICIONAL MEDIANTE PRECEDENTE JUDICIAL: A ADEQUADA PROTEÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO NO MODELO DO JUSTO PROCESSO.**", aos dezessete dias do mês de fevereiro do ano de dois mil vinte, perante a banca examinadora composta pelos Professores Doutores Renata Christiana Vieira Maia (Orientadora/UFMG), Humberto Theodoro Júnior (UFMG), João Alberto de Almeida (UFMG), Marcelo Veiga Franco (Faculdade Milton Campos) e Hermes Zaneti Junior (UFES), que consideraram o candidato "**aprovado**" com a nota **100**. Informamos que o interessado cumpriu todos os requisitos exigidos pelo curso, estando apto para receber o título de Mestre, bem como todos os direitos que lhe confere o título. É o que me cumpre **certificar**, pelo que eu, Saul Bernardo Aragão Santana, Servidor Público lotado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, lavro a presente **certidão** que dato e assino.

Belo Horizonte, 18 de fevereiro de 2020.



Saul Bernardo Aragão Santana
Assistente em Administração
Faculdade de Direito da UFMG
L. MG: 27867X SIAPE: 1953677

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

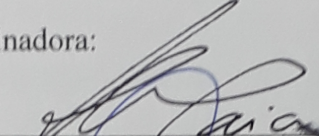
Av. João Pinheiro, 100 - 11º andar - Centro - Belo Horizonte - MG - Brasil - 30130-180
Fone: (31) 3409.8635 - E-mail: info.pos@direito.ufmg.br - https://pos.direito.ufmg.br

PEDRO AUGUSTO SILVEIRA FREITAS

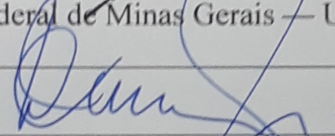
**TUTELA JURISDICIONAL MEDIANTE PRECEDENTE JUDICIAL: a adequada
proteção do ordenamento jurídico no modelo do justo processo.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Os membros da Banca Examinadora de defesa da dissertação consideraram o candidato A PROVADO, com atribuição de nota 100 (CEM).

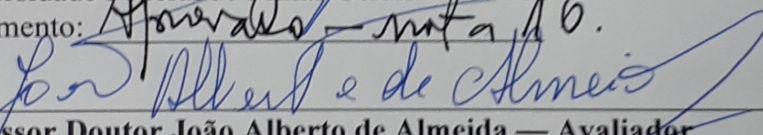
Membros da banca examinadora:



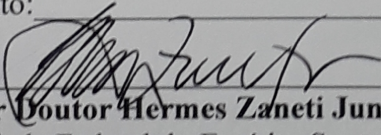
Professora Doutora Renata Christiana Vieira Maia — Orientadora
Universidade Federal de Minas Gerais — UFMG
Julgamento: _____



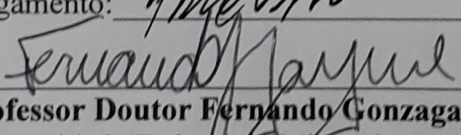
Professor Emérito Doutor Humberto Theodoro Júnior — Avaliador
Universidade Federal de Minas Gerais — UFMG
Julgamento: Honorário — nota 10.



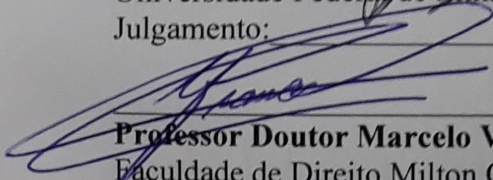
Professor Doutor João Alberto de Almeida — Avaliador
Universidade Federal de Minas Gerais — UFMG
Julgamento: _____



Professor Doutor Hermes Zaneti Junior — Avaliador
Universidade Federal do Espírito Santo — UFES
Julgamento: Honorário



Professor Doutor Fernando Gonzaga Jayme — Avaliador suplente
Universidade Federal de Minas Gerais — UFMG
Julgamento: _____



Professor Doutor Marcelo Veiga Franco — Avaliador suplente
Faculdade de Direito Milton Campos — FDMC
Julgamento: A PROVADO (NOTA CEM)

Belo Horizonte — MG, 19 de fevereiro de 2020

*Às pessoas alternativas, que me fazem
descobrir o sentir, o pensar, o agir e o amar em
medidas desviantes.*

Ainda, aos momentos no meio.

AGRADECIMENTOS

Irei, *deliberadamente*, frustrar os propósitos metodológicos deste capítuloⁱ.

Logo, para que também não sejam frustradas as expectativas de quem manuseia este relatório de pesquisa, vou resumir aquilo que escrevi nas próximas páginas: *agradeço às amizades que a vida me apresentou, sem as quais nada, absolutamente nada, seria possível, nem mesmo este trabalho.*

Registro especial lembrança às apanhadeiras de café que viajam pelas serras da *montueira* — mulheres incansavelmente batalhadoras, legítimas herdeiras e representantes do povo, da terra, da cultura e da história na qual eu nasci e me criei —, por terem me ensinado a lição mais preciosa: a busca pela felicidade nas coisas simples, apesar de tudo.

Fim.

Início de tudo.

Manifesto pela solidariedade, liberdade, justiça e gratidão.

Solidariedade, liberdade, justiça e gratidão não podem ser palavras esvaídas de sentido. Ao contrário, essas palavras representam sentimentos caríssimos e práticas preciosíssimas.

O ser humano deve ser solidário com o seu semelhante, mesmo que viva em tempos de cerceamento das liberdades e ainda que o outro nada tenha ou nada queira oferecer. A grande missão do ser humano é *ajudar o seu semelhante, sem esperar absolutamente nada em troca*: ajudar a acreditar em si mesmo; ajudar a confiar no poder transformador do conhecimento e do sonho; ajudar a tornar a vida um pouco melhor. O exercício da solidariedade elimina a ganância por mais dinheiro, por mais poder, por mais reconhecimento e, em nossos tempos, por mais *likes* e *selfies*. A prática da solidariedade nos ensina a depositar confiança nos outros, estabelecendo laços genuínos de fraternidade. Justamente por isso, pode-se fiar na certeza de que “A true act of goodwill always sparks another”ⁱⁱ. Conquanto não se espere nada em troca da ajuda prestada, é certo que a vida, de maneira misteriosa, nos presenteia de outros modos.

O ser humano deve ser livre, mas, igualmente, ele deve ser libertador, para que, então, a solidariedade viceje, a justiça vença e a gratidão prospere. A grande missão do ser humano é, *igualmente, lutar pelas liberdades de seu semelhante tal como peleja pela conquista da própria liberdade*: liberdade do sentir e do amar, de qualquer forma e quem quer que seja; liberdade do pensar, pois o pensamento há de ser livre, permanentemente livre, essencialmente livre!; liberdade do acreditar; liberdade do ensinar, sem amarras ideológicas, sem censuras e sem represálias; liberdade do locomover, para qualquer lugar; liberdade a todo tempo e em toda a história. A liberdade é o tesouro mais precioso que recebemos e na posse do qual nada mais precisamos. A liberdade plena é a medida da igualdade, de tal modo que a liberdade de apenas alguns nada mais significa do que a escravidão para todos os demais. Um não tem mais liberdade que outro. Bem por isso é que liberdade e igualdade formam um par indissociável, motivo pelo qual “La minoranza non può essere sacrificata alla maggioranza [...] perchè il potente non ha il diritto di opprimere il debole; il diritto di un uomo è altrettanto sacro quanto quello di un milione di uomini.”ⁱⁱⁱ. A luta pela conquista das liberdades não se faz sozinha, mas necessita de solidariedade mútua e de sensibilidade. É por isso que ser livre e ser libertador é, especialmente nesses tempos, uma prática revolucionária, árdua e contínua.

O ser humano deve ser *justo*, e não há nada de impreciso nisso. A prática da justiça trata-se, em verdade, de um comprometimento com o outro e consigo mesmo, pois todos merecem justiça. Bem por isso, a grande virtude reservada àqueles que se aventuram no campo do Direito é, nos tempos atuais, *utilizar o seu conhecimento em prol da realização da justiça e, portanto, em favor do reconhecimento das pessoas*, com o fim exclusivo de permitir que, nas mais diversas situações da vida: o diálogo assuma o lugar da força; a diversidade vença o preconceito; o essencial se sobreponha àquilo que é material; o social seja prioritário ao capital; a democracia elimine o autoritarismo; os mitos sejam depostos, quaisquer eles que sejam. Somente nesses termos é que a justiça deve ser buscada e aferida. Buscar justiça não implica ser justiceiro, não licencia autoritarismos, não permite endeusamentos, não coaduna com moralismos, não autoriza parcialidades. A justiça prestada a um é a medida da justiça que tem de ser prestada a todos, conforme secular lição: “Não julgueis, e não sereis julgados. Porque do mesmo modo que julgardes, sereis também vós julgados e, com a medida com que tiverdes medido, também vós sereis medidos”^{iv}. A busca pela justiça trata-se, portanto, de um compromisso que deve ser compartilhado, no sentido de que deve ser *conjuntamente construída e socialmente distribuída* àqueles que dela mais necessitam: os marginalizados, os excluídos, os diferentes, os discriminados e os pobres. A justiça a que somos chamados a praticar deve,

portanto, resgatar essas pessoas das margens, da exclusão, da (in)diferença, da discriminação e da pobreza e colocá-las no centro. Unidos podemos construir um processo socialmente justo, para uma sociedade brasileira *ainda muitíssimo injusta*.

O ser humano deve ser *grato* a todo momento e em favor de qualquer um, em tal intensidade que jamais se permita acreditar que os seus feitos e os seus méritos são exclusivos ou individuais, mas que, antes, decorrem do compartilhamento geracional, social, científico e fraterno que deve reinar em sociedade. A grande missão do ser humano é, *do mesmo modo, ser grato latitudinalmente e propagar o costume da gratidão*: ser grato pela própria vida e por tudo aquilo que exponencialmente pode fazer com ela; ser agradecido pela existência do outro, quem quer que ele seja; ser grato por aquilo que o outro pode te ensinar, o que quer que seja; ser grato por não ser autossuficiente e carecer de ajuda; ser grato por ser perdoado. O costume da gratidão deve vicejar, para que, em nossos tempos, as pessoas se tornem mais carinhosas e afetuosas umas para com as outras. A gratidão deve prosperar no eterno devir “dar-receber-retribuir”, mesmo que em benefício de pessoas diferentes e ainda que em distintas medidas. É por isso que agradecer é um sentimento que somente pode ser realizado em regime de participação e por meio de práticas conjugadas, com a eliminação do egoísmo e da insensibilidade.

Nos momentos de indiferença, de segregação, de injustiça e de ingratidão — praticados contra nós ou contra qualquer um — é que somos verdadeiramente chamados a apontar vias alternativas e a sermos solidários, livres e libertadores, justos e gratos. Esse é o grande *desafio* para o qual somos convocados. A resposta que damos e os caminhos que apontamos para esses desafios diários nos define enquanto pessoas.

Se é que poderia ser intitulado dessa forma, esse é o meu manifesto pela solidariedade substancial, pela liberdade ampliada, pela justiça social e pela gratidão desmedida! Sintamos e pratiquemos, pois! Nada mais há que se fazer além disso.

A prática das premissas do manifesto.

Sobre a escrita e o processo de autoconhecimento.

O momento *do agora* é o tempo de expressar gratidão por todos aquelas pessoas que, das mais variadas formas, participaram da construção desse relatório de pesquisa.

A realização da pesquisa foi extremamente desafiadora, justamente porque durante esse período: evolui; me transformei; aprendi, reaprendi, aprendi de novo; me conheci um pouco mais e acabei percebendo que não me conhecia nada; me deixei libertar; chorei várias vezes e por vários motivos, mas também sorri e me senti feliz em um número muito maior. A interessantíssima temática sobre o direito processual e os precedentes judiciais *quase* ficou esquecida em meio a todo esse turbilhão. Essa dissertação pode, portanto, ser comparada a uma corrida.

Tentei realizar uma pesquisa infalível e redigir um relatório perfeito; descobri e aprendi que esses níveis de qualidade são impossíveis e indesejáveis. Fiz o que pude, no tempo que me foi dado. Existem falhas e tenho certeza que serão elas que permitirão o continuar das reflexões e o caminhar do aprendizado.

Durante esse incrível processo de aprendizado fui ladeado por pessoas solidárias que, generosamente, abriram mão do seu tempo e da sua paciência para me ouvir, para me ajudar, para me incentivar e para me auxiliar, seja no que se refere à construção desse relatório de pesquisa, seja no que tange ao desenho da minha vida. Por esses motivos, chamo essas pessoas pelo nome de *amigos* e para as quais registro a minha sincera e desmedida gratidão.

Gratidão à Deus.

Agradeço a Deus, três amigos em um só, por ter me concedido o equilíbrio, a força e a determinação necessários para a elaboração desse trabalho. Por se fazer presente a todo momento e, por meio de seu espírito, me inspirar a continuar. Acima de tudo, por revogar o velho e instituir o novo: amar o próximo, independente de quem ele seja.

Gratidão à minha família.

Essa dissertação é dedicada aos meus pais e ao meu irmão. À minha mãe, Maria Rosa Silveira Freitas, por me permitir seguir as suas pegadas e, portanto, aprender a ter o passo firme e a respeitar a terra na qual se traça o caminho da vida. Obrigado por ser a minha eterna professora e, desde os anos iniciais de minha formação, ter me ensinado a melhorar a caligrafia, a superar as dificuldades de aprendizagem e sempre me incentivar à leitura; por acreditar em mim quando eu mesmo já havia desistido; por eliminar a crença limitante e, dessa forma, me encorajar a ir além, a ver depois, a sonhar mais alto e a fazer diferente. Mas, acima de tudo,

obrigado por me amar do jeito que sou e se orgulhar disso. Ao meu *pai*, José Ricardo Amorim de Freitas, por ter me ensinado a ser sensível, a ser sincero comigo mesmo, a não ter vergonha de chorar e a se orgulhar daquilo que se *é* e de onde se veio. Obrigado, em especial, por sempre depositar confiança em mim e a me amar, do seu jeito. Ao meu *irmão*, Bernardo Silveira Freitas, por tentar, insistentemente, me ensinar a ser mais gentil e compreensivo — me desculpe por ser um péssimo aluno. Além disso, sou grato por sempre me apontar a importância do outro — um do outro — em nossas vidas. Obrigado por ter se tornado a bússola que vai orientando a minha vida: o que fazer, como proceder, a quem recorrer. Além disso, obrigado por ter permitido que os últimos 08 (oito) meses fossem um pouco mais tranquilos, assumindo gentilmente as minhas obrigações e responsabilidades para que eu tivesse sempre um tempinho sobrando. Aproveito o momento para agradecer a todos vocês: obrigado por *tudo* e, mais uma vez, por *tudo*.

De forma especialíssima, gostaria de registrar o meu apreço à tia Júlia por ter se tornado, conscientemente, um modelo a ser seguido em muitas de suas condutas e de sua história de vida: a ser independente, a pensar diferente, a dizer sinceramente e a agir soberanamente. Agradeço à minha madrinha Maria Inês, por acreditar em mim e por permanecer sempre na torcida pelo melhor e também por se orgulhar de um afilhado que, talvez, não seja merecedor de um amor, de um carinho e de uma preocupação tão incondicionais e ilimitados. Agradeço à tia Celeste por, sempre e de forma incansável, acompanhar a minha formação acadêmica, desde os meus tempos de menino, pelo que eu sempre lhe serei eternamente grato, e também pela dedicação que sempre direcionou a mim. Agradeço à querida tia Cicida pelo exemplo de amor e de dedicação à família, nos apresentando aquilo pelo qual realmente vale a pena lutar: a fortificação dos laços familiares.

Gratidão aos meus mestres.

Carinho, preocupação e sinceridade nunca perdem o seu lugar, muito menos nos ambientes acadêmicos. Essas práticas resumem a orientação que recebi, ao longo desses anos, de minha orientadora, Professora Renata Maia. Obrigado por ter confinado em mim e por demonstrado, desde o início, curiosidade quanto ao tema estudado. Agradeço pelo incentivo, pelas palavras de apoio e de ternura e, igualmente, pelas críticas e pelos questionamentos, igualmente importantes para confecção da pesquisa. Obrigado pela preocupação de que o

relatório da dissertação assumisse a forma mais aqueda, correta e aprazível. Tenho você como uma *companheira de corrida*.

Ao Professor João Alberto de Almeida, com destaque para sua generosidade, afabilidade, lisura e contagiante alegria, agradeço por ter permitido acessar o lugar mais sagrado da UFMG: a *sala de aula* e, ali, pudesse conviver com os alunos da vetusta casa de Afonso Pena. Aos Professores Gláucio Maciel e Érico Andrade, pelas proveitosas aulas durante o curso do mestrado e por terem suscitado questionamentos extremamente pertinentes à consecução desse trabalho, quando do processo seletivo e quando da qualificação do projeto de pesquisa, e, por isso mesmo, terem aprumado os rumos dessa investigação. Com especial agradecimento ao Professor Gláucio Maciel, por ter me aceitado como um de seus alunos ouvintes, no primeiro semestre de 2017, na UFMG, e, portanto, ter me permitido certificar de que a academia é o local no qual eu quero estar. Ao Professor Fernando Gonzaga Jayme pelo exemplo de defensor da justiça para quem mais precisa e da construção de consensos, pela via democrática.

À Professora Miracy Gustin, por ter implantado em mim, por meio de seu exemplo, a crença de que a construção de um Brasil socialmente mais justo somente pode ocorrer por meio do diálogo e da persistência. À Professora Mônica Sette Lopes, pelas proveitosas discussões em sala de aula, sempre incentivando para que essa “novidade [que] veio dar à praia” — ou seja, o precedente judicial — fosse trabalhada sobre o viés problemático, casuístico, o que acabou por permitir a proposição de soluções harmonizadoras quanto à compreensão do instituto.

Aos professores integrantes da banca — Professor Humberto Theodoro Júnior, Professor João Alberto de Almeida, Professor Hermes Zaneti Junior, Professor Marcelo Franco e Professor Fernando Gonzaga Jayme — pela honra de terem prontamente aceitado o convite para participação da avaliação da dissertação, na esperança de que a interlocução continue e floresça.

Gratidão aos meus amigos.

Agradeço aos amigos que me cativaram durante o caminhar pela esquerda e também pelo direito, por terem me feito acreditar em dias melhores, por me encorajarem, por acreditarem em mim e por sempre se fazerem presentes, incondicionalmente. A vida sem

amizades é estéril e vazia de sentido; a vida com amizades se torna uma aventura possível e empolgante.

Aos “*Imparáveis*” — Luciana Silva, Behlua Mafessoni, Marcelo Franco, Guilherme Leroy, Délio Mota, Thaís Viana, Lucas Sena, Christiano Monteiro de Castro, Tiago Retes, Suzana Cremasco, Iago Batista e Ismael Villas Boas, — por compartilharmos um sentimento comum, qual seja, “o não parar, nunca”: seja com a nossa amizade, que continua para além da pós-graduação; seja com o compromisso de cooperar com o desenvolvimento do direito processual e de praticarmos um processo cada vez mais justo; seja com o Instituto de Direito Processual — IDPro —, que só florescerá e renderá bons frutos. Registro especial e carinhosa lembrança: à Luciana Silva por compartilhar as angústias e os louros do processo seletivo do Mestrado e fazer desses encontros um laço apertado de amizade substancial e, especialmente, pela espontaneidade e pela força de querer que sempre me cativaram; à Behlua Mafessoni por seu exemplo de destemor e de coragem e, por isso mesmo, jamais deixando desvanecer a sua radiante alegria, sempre estampada em seu sorriso, com o agradecimento pela presença, pelos valiosos conselhos, pelo incentivo e pelo apoio, incondicionados; ao Marcelo Franco, pelas proveitosas discussões sobre o modelo do justo processo e também pelas leituras que fez dos meus trabalhos, sempre realizando apontamentos e acréscimos importantes, e, mais, pela promissora amizade que se solidifica; ao Guilherme Leroy por sempre defender e incentivar a inclusão irrestrita daquilo que é diverso no ambiente da UFMG, tornando-a um lugar público por excelência; ao Délio Mota, por demonstrar que competência e inteligência combinam com extroversão — essa, em verdade, é a lição mais preciosa: a busca pelo conhecimento não pode obstar a busca pela vida; ao Christiano Monteiro de Castro pelas demoradas conversas sobre o direito e para além do direito, com quem aprendi a ver as coisas sobre um outro ângulo e, por isso mesmo, a respeitá-las; ao Lucas Sena pela amizade e pelas incríveis parcerias que fizemos e que ainda faremos; à Thaís Viana por compartilhar o fascínio pela pesquisa sobre o Direito e pelas valiosas dicas sobre os meandros da UFMG, os quais permitiram encurtar alguns caminhos.

Ainda falando dos amigos que me encontraram na UFMG, faço especial menção: ao Alex Lamy por ter dedicado alguns minutos de seu tempo a um desconhecido, após uma aula no curso de atualização em processo civil ministrado pelo IDPro, e, naquela oportunidade, me encorajado a escrever aquilo que pensava, exatamente como pensava — até que deu certo! — e também por ter aberto as portas para que eu pudesse assistir às aulas, como ouvinte, na UFMG;

ao Cirilo Vargas por compartilhar da condição de “*extraneus*” e, justamente por isso, fruir de tudo aquilo que a UFMG nos apresentava e nos presenteava; ao Flávio Andrade, por demonstrar que gentileza e cordialidade independem da posição ou do cargo que se ocupa; à Andressa Martins, por um dos encontros mais gentis que a UFMG ainda me proporciona, fazendo votos que eles continuem e se fortifiquem.

Aos amigos da “*Faculdade para a vida*” — Marina Alcântara, Gabriela Dutra, Chirlem Moraes, Adriane Santos, Daniela Arceu, Gabriel Oliveira e Johnata Favato — por fazerem da nossa amizade algo para toda a vida e por jamais permitirem que eu estivesse só. Essa dissertação também é dedicada a cada um de vocês, por sempre estarmos unidos e assim estaremos.

À “*Irmandade Carmopolitana*” — Marcelo Pinto, Eliel Baia, Júnior Castro, Pedro Rezende, e, mais uma vez, Bernardo Freitas —, por ter me apresentado àquilo que se denomina comunhão de espírito, por compartilharmos os ideais comuns da democracia social e, ainda, pelas memoráveis partidas de *Age of Empires II*. Fizemos desses denominadores comuns um espaço propício para a nossa autêntica e independente congregação.

Aos muitos amigos do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, pela oportunidade de aprendizado e pelo incentivo. Além disso, por demonstrarem, por meio de seus respectivos trabalhos, ser possível a prática de um processo efetivo e justo, fazendo de suas funções uma alternativa humana, sensível e próxima à realidade da vida.

Agradeço à Juíza de Direito, Dra. Marcela, por ter me mostrado, por meio de seu exemplo, ser possível a realização de justiça, e, portanto, ter sido fator essencial para que eu não desistisse do direito, quando tudo parecia perdido: foi no Fórum de Carmópolis, sob a sua direção, que eu pude *experienciar* a transformação que o direito pode realizar no mundo do real, em favor de pessoas realmente necessitadas de justiça. A partir daí, nunca mais duvidei que o direito pode, sim, transformar vidas — não que isso seja tarefa fácil, mas foi um compromisso que herdei a partir da convivência que entre nós se estabeleceu.

Sou extremamente grato à Desembargadora Dra. Ana Paula pela preocupação e pelo carinho que sempre dedicou a mim; por sempre me incentivar e me apoiar; por acreditar em meu trabalho; e também por compreender e abonar as minhas ausências quando os congressos, as palestras, as aulas, os estudos e a escrita se fizeram imperativos. Por meio de sua conduta no

exercício da magistratura, sempre pautada pela correção, pela seriedade, pela ética e pelo compromisso com a promoção da justiça, pude me espelhar e me tornar um profissional qualificado. Mas, acima de tudo, lhe sou — e sempre serei — eternamente grato por ter me apresentado, de forma generosa, *um lugar em Belo Horizonte*: um lugar no qual eu trabalho; um lugar no qual eu sempre pude contornar a saudade de minha família; um lugar que eu pude, tantas vezes, me afastar dos sufocantes obstáculos que a vida na ‘cidade grande’ me impôs; um lugar que eu pude ouvir e ser ouvido; um lugar no qual eu conheci pessoas maravilhosas e pude construir diversas amizades. Sem esse *lugar*, que transcende o simples posto de trabalho, nada disso seria possível.

Agradeço à juíza mineira, hoje nos prados gaúchos, *Dra. Paula Yoshino Valério*, pela ajuda prestada no ingresso ao Mestrado e também pelas dicas e pelos conselhos, os quais, justamente por terem sido tão sinceros e verdadeiramente motivados, me fizeram acreditar que, um dia, seria possível participar da comunidade da UFMG. Agradeço pela amizade que se firmou entre nós, incapaz de ser quebrada pela distância meramente geográfica.

Agradeço aos meus amigos e colegas de trabalho do Tribunal de Justiça de Minas Gerais — *Luiz Felipe Andrade Costa, Carlos Eduardo Mota e Salerno, Márcia Hallak, Kamilla Pires, Rhenan Mazzoco, Fernanda Barcelos, Maria Theresa Mendonça e Leandro Gonçalves* — por tornarem o cotidiano de trabalho sempre mais alegre, inusitado, irreverente e original e, por isso mesmo, me darem a certeza de que eu não estava sozinho na empreitada de ser diferente e fora dos padrões. Com a mesma deferência, agradeço aos estagiários, amigos de aprendizagem constante, de ontem e de hoje, no Tribunal de Justiça de Minas Gerais — em especial: *Elcio Maia, Bárbara Milan, Kemil Kumaira e Marcelo Lobato Boson* —, por nunca me deixarem esquecer que o aprendizado é uma das poucas imutáveis da vida.

À querida amiga *Vívian Lopes*, pela amizade excepcional e pela identidade alternativa que, de forma incondicional, sempre se fez presente.

Ao amigo *Gustavo*, pelo diálogo sincero que impediu que eu não perdesse o controle ou, melhor, que possibilitou que eu não me controlasse tanto.

Gratidão aos revisores dessa pesquisa.

Algumas pessoas foram essenciais para a revisão do projeto de pesquisa e colaboraram significativamente para que se obtivesse sucesso no rigoroso e concorrido processo seletivo da UFMG: à Paula Yoshino Valério, pela revisão do primeiro (no ano de 2015), do segundo (no ano de 2016) e do terceiro (no ano de 2017) projetos de pesquisa e pelo apoio e incentivo incondicionais no início deste trabalho — tentei compensar tal gentileza reproduzindo sua atitude àqueles que me procuravam com dúvidas e questionamentos; à Mariana Bicalho, pela revisão, no ano de 2017, da minuta de um projeto de pesquisa de 63 (sessenta e três) páginas — somente agora pude perceber o quão indelicado eu fui ao pedir o referido favor, mas também tentei replicar sua atitude, propagando generosidade.

Algumas pessoas foram essenciais para a revisão do relatório da dissertação, trazendo apontamentos de ordem metodológica, gramatical e, inclusive, jurídica, aos quais eu sou extremamente grato pelo auxílio: à minha orientadora, Professora Renata Maia, pelas correções, sugestões e ajustes, sem os quais o relatório adiante produzido jamais teria os contornos de uma desafiante maratona; ao Cadu e à Kamilla pela revisão paulatina dos meus textos e pelas observações pertinentes à melhoria da redação e pelo apoio; à Graziele Braga e ao Thiago Marques pela ajuda e aprimoramento no uso das ferramentas do *Word*; ao meu irmão, Bernardo, pela revisão do texto — com exceção das notas de rodapé, que foram propositadamente e compreensivelmente saltadas; à tia Júlia, agradeço pela atenção e pelo precioso tempo generosamente dispendido para ler e corrigir o texto da dissertação e também pela valiosas observações, apontamentos, sugestões e observações, tudo no sentido de que o texto pudesse ser lido e relido. Faço especial registro: à Ana Clara Brasileiro, pelo profissionalismo, pelo rigor técnico e pela precisão metodológica e gramatical com que revisou o relatório dessa pesquisa, mas também pela leveza com que apontou os muitos erros cometidos e pelas proveitosas sugestões de redação e de argumentação; ao estimado Professor Ernani Almeida, per la revisione di questo lavoro nelle varie parti scritte nella bella lingua italiana, per l'amicizia e per i molti insegnamenti che mi sono stati trasmessi alla Fondazione Torino.

Esse relatório foi produzido por incontáveis mãos. Permitir que outras pessoas lessem previamente o meu trabalho foi algo desafiador, mas, ao mesmo tempo, enriquecedor: *desafiador* porque era permitir que o outro me conhecesse e apontasse meus erros; *enriquecedor*, porque eu também pude conhecer o outro e, ainda, porque os diversos erros cometidos foram identificados e tiveram a chance de ser oportunamente corrigidos.

Gratidão aos locais em que aprendi.

Fui aluno de escolas públicas e privadas e, durante minha graduação, fui bolsista pelo ProUni em duas faculdades privadas e, ainda, aprovado no curso de Direito da UFOP. Sou, portanto, filho de muitas casas e tenho muito orgulho de cada uma delas, justamente porque foram nesses espaços — físicos, intelectuais, sociais e espirituais — que eu pude adquirir o bem mais precioso: *conhecimento, não necessariamente jurídico*. Esse trabalho não seria possível sem as experiências e os aprendizados vivenciados nesses lugares. Agradeço, portanto, a todas essas casas, sem exceção, bem como a todas as professoras e todos os professores que insuflam *vida* a esses locais: à Escola Infantil Pequeno Aprendiz — **EIPA**; à Escola Municipal Américo Leite — **EMAL**; à Escola Estadual Lígia Beatriz Amaral — **EELBA**; à Escola Estadual Presidente Tancredo Neves — **EEPTN**; à Faculdade de Direito da Universidade de Itaúna — **UIT**; à Faculdade de Direito Milton Campos — **FDMC**; à Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais — **PUC-MG**; e, com especialíssima deferência, à Faculdade de Direito e ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais — **UFMG**.

Registro especial agradecimento à equipes da Biblioteca “Desembargador Amílcar de Castro”, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, nas pessoas dos meus queridos amigos *Tábata Cordeiro* e *Igor Costa*, e também aos inominados funcionários da Biblioteca Universitária “Padre Alberto Antoniazze”, integrante do *campus* da PUC-Minas, por nunca permitirem que eu ficasse ali trancado depois do horário de funcionamento.

Últimas palavras — prometo!

Talvez a finalidade metodológica desse tópico do relatório de pesquisa tenha sido realmente desvirtuada com essas páginas extensas. Mas o tópico dos agradecimentos não deve ser governado pela razão, mas pela emoção. Além disso, era algo que eu sentia necessidade de escrever — me desculpem pela prepotência. Insisto: a metodologia da emoção é completamente diferente da metodologia da razão. Os métodos e os meandros do coração são diferentes daqueles utilizados pela ciência; o que não impossibilita, todavia, que estabeleçam proveitosas parcerias.

Conto com a *sua* ajuda na realização das críticas, no apontamento dos erros e, acima de tudo, no estabelecimento da interlocução e do debate sobre as ideias aqui lançadas.

(Há)braços fraternos! Especialmente a você, *quem quer que seja*. Conte comigo^v!

ⁱ De acordo com orientação metodológica institucional, “Os agradecimentos são destinados à menção de pessoas e instituições que tenham contribuído para o desenvolvimento do trabalho”. *DIRETRIZES PARA NORMALIZAÇÃO DE TRABALHOS ACADÊMICOS DA UFMG*: trabalhos de conclusão de curso, monografias de especialização, dissertações e teses. Disponível em: <<https://repositorio.ufmg.br/static/politica/diretrizes-para-normalizacao-de-trabalhos-academicos-da-ufmg.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2020.

Existe algo a mais! Os agradecimentos não podem ser formais, tem de ser substanciais, sentimentais. Conforme explica Eduardo de Oliveira Leite, “Qualquer pesquisador que já se lançou num trabalho de tal envergadura sabe que é praticamente impossível realizá-lo sem o auxílio, ainda que indireto, de pessoas ou de fontes de financiamento. O apoio financeiro pode não ocorrer, mas a ajuda pessoal sempre ocorre, quer no fornecimento de material bibliográfico ou informações, quer por meio de conselhos, quer por indicações, nas correções e no próprio preparo dos originais. Os ‘Agradecimentos’ são a oportunidade de que dispõe o autor de manifestar concretamente a sua gratidão a todos que o auxiliaram na realização do trabalho. E esta oportunidade não deve ser negligenciada, sob risco de comprometer a honestidade do trabalho. [...] Ninguém faz, sozinho, trabalho de tal envergadura. Os ‘Agradecimentos’ funcionam como meio de manifestar publicamente nossa gratidão.” LEITE, Eduardo de Oliveira. *Monografia jurídica*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 475.

ⁱⁱ “Um verdadeiro ato de benevolência sempre desperta outro.” *Klaus* (filme). Sergio Pablos (Diretor). Netflix. 2019. 01h:38m:03s.

ⁱⁱⁱ “A minoria não pode ser sacrificada pela maioria [...] porque o poderoso não tem o direito de oprimir o fraco; o direito de um homem é tão sagrado quanto o de um milhão de homens.” DJUVARA, Mircea. *Il fine del diritto: la giustizia e i fatti: la giustizia il bene comune, la sicurezza giuridica*. Roma, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, anno XVII, fasc. VI, 1937, p. 11 — tradução livre.

^{iv} Evangelho Segundo Mateus, 7: 01-03.

^v Por ora ainda continuo avesso às redes sociais, de modo que você ainda não me encontrará nesses ambientes virtuais. Mesmo assim, você poderá entrar em contato comigo pelo endereço eletrônico pedrosilveirafreitas@gmail.com, bem como pelo número de telefone celular (+55) 37 9-9122-6690.

Tudo estava em seu lugar, tão simples, comum, em conformidade com a lei: as casas de vidro com luzes brilhantes, um céu pálido e cristalino, a noite verdejante e sem movimento. Mas sob esse vidro frio e sem ruído, algo rubro e desganhado sofria, silencioso e violento. E, eu, sem fôlego, corria desesperadamente para não me atrasar. Ievguêni Ivánovitch Zamiátin.

Nós, 2017.

*Agora entendo que um dos motivos importantes para ir à universidade e obter uma educação é aprender que as coisas em que você acreditou a vida toda não são verdade, e nada é o que parece ser. Daniel Keyes. **Flores para Algernon**, 2018.*

LISTA DE PUBLICAÇÕES PARCIAIS DA PESQUISA

De acordo com a determinação contida no Regulamento do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMGⁱ — aprovado pela Câmara de Pós-Graduação da UFMG, em 12 de setembro de 2013 —, listam-se abaixo os artigos publicados e aceitos para publicação, que, escritos individualmente ou em coautoria, veicularam, parcialmente, as investigações e os resultados obtidos com a pesquisa, realizada no período de março de 2018 a março de 2020.

1. FREITAS, Pedro Augusto Silveira. *IMPERATIVOS DO PROCESSO JUSTO*: o desenvolvimento de técnicas processuais e a especialização da tutela jurisdicional, a partir da obra do professor Humberto Theodoro Júnior. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 76, pp. 455-477, jan./jun. 2020.
2. FREITAS, Pedro Augusto Silveira. *Técnica processual de ampliação do órgão colegiado*: da função topológica à função teleológica do artigo 942 do CPC/15. Revista de Processo, v. 291, p. 263-284, 2019.
3. FREITAS, Pedro Augusto Silveira. Corte de Cassação e Corte Constitucional da Itália. *In*: FREITAS, Pedro Augusto Silveira; GONÇALVES, Gláucio Maciel; ANDRADE, Érico. (Org.). *Organização judiciária no direito comparado*: Alemanha, Espanha, Estados Unidos da América, França, Grã-Bretanha, Itália e Portugal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, v. 1, p. 303-331.
4. FREITAS, Pedro Augusto Silveira; DRESCH, Renato Luís. O incidente de resolução de demandas repetitivas e os seus requisitos. *In*: FREITAS, Frederico Oliveira; GOMES, Magno Federici. (Org.). *O Direito na atualidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, v. 1, p. 229-250.
5. FREITAS, Pedro Augusto Silveira. *A RECONSTRUÇÃO DO CONCEITO CLÁSSICO DE JURISDIÇÃO CIVIL*: do pós-positivismo jurídico à implantação de um sistema normativo de precedentes judiciais. Revista da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, 2020, aceito para publicação.
6. FREITAS, Pedro Augusto Silveira. *Técnica processual e tutela jurisdicional*: as contribuições de José Carlos Barbosa Moreira. Biblioteca Digital do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e obra “5 anos — Código de Processo Civil”, Escola Judicial

Desembargador Edésio Fernandes — EJEJF, maio de 2020, no prelo, aceito para publicação.

7. FREITAS, Pedro Augusto Silveira. *A formação do objeto litigioso no julgamento de casos repetitivos: a simbiose entre o modelo cooperativo de processo e a garantia constitucional do contraditório*. Revista de Processo, 2020, aceito para publicação.
8. FREITAS, Pedro Augusto Silveira; FRANCO, Marcelo Veiga. *A importância dos precedentes judiciais no tratamento qualitativo da litigiosidade repetitiva*. Revista dos Tribunais, 2020, aceito para publicação.
9. FREITAS, Pedro Augusto Silveira; MAIA, Renata Christiana Vieira. *O processo oral nas instâncias recursais: aspectos dogmáticos à luz do novo Código de Processo Civil*. In: MAIA, Renata Christiana Vieira [et al] (Org.). *A ORALIDADE, PROCESSO DO SÉC. XXI.*, 2020, no prelo, aceito para publicação.
10. FREITAS, Pedro Augusto Silveira. *O JUSTO PROCESSO ENQUANTO DIREITO DO HOMEM E DA MULHER: educação em direitos humanos como condição para alcançar a cidadania*. Apresentado ao I Concurso de Artigos Científicos do STJ — Justiça Cidadã, com classificação em 5º lugar no eixo temático “Educação para a Justiça”, realizado no período 22/04/2019 a 06/09/2019.

ⁱ “Art. 65 – A tese ou dissertação deverá ser inédita. [...] §4º. Ainda que em coautoria, eventuais publicações ou divulgações parciais, feitas no curso do Mestrado ou do Doutorado, conforme o caso, não impedem o ineditismo do trabalho, desde que mencionadas expressamente no texto do trabalho final.” UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. Câmara de Pós-Graduação da UFMG. *Regulamento do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG*. Aprovado em: 12 de setembro de 2013. Consolidado segundo alterações aprovadas em 2016. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/?page_id=3903>. Acesso em: 10 jan. 2020.

RESUMO

O processo que pretenda ser qualificado como justo deve prestar tutela jurisdicional adequada aos direitos, quaisquer direitos. O ordenamento jurídico, enquanto conjunto de textos dotados de autoridade normativa, pode, validamente, apresentar necessidades de tutela jurisdicional, decorrentes da crise da certeza do direito e da crise do sistema de justiça. Os direitos à segurança jurídica e à efetividade processual devem ser protegidos por tutela diferenciada. Os reclames do pelo ordenamento jurídico quanto à prestação de tutela jurisdicional diferenciada não podem permanecer desatendidos. Em nossos tempos, aos estudiosos e aos pesquisadores do Direito Processual é atribuída a missão, portanto, de desenvolverem técnicas processuais idôneas à prestação de tutela jurisdicional adequada, capazes de resolver, com eficiência e justiça, as diversas situações problemáticas decorrentes desses ambientes caóticos. Partindo dessas premissas, a presente pesquisa, desenvolvida no curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, realizada no período de março de 2018 a março de 2020, pretendeu avançar no estudo sobre o precedente judicial, objetivando a tecnicização processual deste instituto jurídico, de forma a que fosse prestada, na quadra do pós-positivismo, tutela jurisdicional adequada ao ordenamento jurídico, objetivamente considerado. O marco teórico do estudo fixou-se perante a teoria do justo do processo e, mais especificamente, sobre os imperativos teóricos dele decorrentes: o desenvolvimento de técnicas processuais e a especialização da tutela jurisdicional. A obediência a esses dois comandos permite que o modelo do justo processo assuma uma forma fluída em sua constante evolução teórica, na medida em que ele sempre estará municiado de técnicas processuais hábeis para a tutela dos direitos e, ainda, se encontrará atualizado quanto às necessidades anunciadas pelo direito material. O sistema positivo de precedentes judiciais passa, então, a ser visualizado como técnica processual desenvolvida pela comunidade jurídica a fim de atender às demandas apresentadas pelo ordenamento jurídico, que são resolvidas por tutela jurisdicional especializada: o precedente judicial. Essa tutela jurisdicional diferenciada tem como destinatário o próprio ordenamento jurídico, de forma a proteger, em dimensão plural, objetiva e socialmente difundida, os direitos à segurança jurídica e à efetividade processual. A pesquisa tem caráter interdisciplinar, com investigações nos campos da teoria geral do direito, da filosofia do direito, da hermenêutica jurídica, do direito processual civil e do direito constitucional.

Palavras-chave: ORDENAMENTO JURÍDICO. PRECEDENTE JUDICIAL. PÓS-POSITIVISMO. CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA. MODELO DE JUSTO PROCESSO. TÉCNICA PROCESSUAL. FORMA ESPECIAL DE TUTELA JURISDICIONAL. DIREITO À SEGURANÇA JURÍDICA. DIREITO À EFETIVIDADE PROCESSUAL.

ABSTRACT

The process that claims to be considered due must provide adequate judicial protection of the rights, any rights. The legal system, as a set of texts with normative authority, can validly present needs for judicial protection, resulting from the crisis of certainty of law and the crisis of the justice system. The rights to legal certainty and procedural effectiveness must be protected by differentiated protection. The claims of the legal system regarding the provision of differentiated judicial protection may not be rejected. In our times, procedural law scholars and researchers are assigned the mission, therefore, of developing appropriate procedural techniques to provide adequate judicial protection, capable of efficiently and fairly resolving the various problematic situations arising from these chaotic environments. Based on these premises, the present research, developed in the Master's program of the Graduate Program of the Faculty of Law of the Federal University of Minas Gerais, carried out from March 2018 to March 2020, intended to advance the study on the precedent, aiming at the procedural technicization of this legal institute, so that, in the court of post-positivism, judicial protection appropriate to the legal system was objectively considered. The theory of the study was set before the due process of law and, more specifically, the theoretical imperatives arising from it: the development of procedural techniques and the specialization of judicial protection. Obedience to these two commands allows the model of due process to take a fluid form in its constant theoretical evolution, as it will always be equipped with procedural techniques for the protection of rights and will also be updated on the announced needs by material law. The positive system of judicial precedents is now viewed as a procedural technique developed by the legal community in order to meet the demands presented by the legal system, which are resolved by specialized judicial protection: the judicial precedent. This differentiated jurisdictional protection is addressed to the legal system itself, in order to protect, in a plural, objective and socially widespread dimension, the rights to legal certainty and procedural effectiveness. The research has an interdisciplinary character, with investigations in the fields of the general theory of law, philosophy of law, legal hermeneutics, civil procedural law and constitutional law.

Keywords: LEGAL SYSTEM. JUDICIAL PRECEDENT. POST-POSITIVISM. BRAZILIAN LEGAL CULTURE. DUE PROCESS OF LAW. PROCESSUAL TECHNIQUE. SPECIAL FORM OF JUDICIAL PROTECTION. RIGHT TO LEGAL CERTAINTY. RIGHT TO PROCEDURAL EFFECTIVENESS.

RIASSUNTO

Il processo che vuole essere considerato giusto deve fornire un'adeguata tutela giurisdizionale ai diritti, qualsiasi diritto. L'ordinamento giuridico, in quanto insieme di testi con autorità normativa, può, validamente, presentare necessità di tutela giurisdizionale, risultanti dalla crisi della certezza del diritto e dalla crisi del sistema giudiziario. I diritti alla sicurezza giuridica e all'efficacia procedurale devono essere protetti da una tutela differenziata. Le richieste dall'ordinamento giuridico quanto alla fornitura di tutela giurisdizionale differenziata non possono rimanere inesaudite. Ai nostri tempi, agli studiosi e ai ricercatori del Diritto Processuale viene assegnata la missione, quindi, di sviluppare tecniche procedurali idonee a fornire un'adeguata tutela giurisdizionale, in grado di risolvere in modo efficace e giusto le varie situazioni problematiche derivanti da questi ambienti caotici. Sulla base di queste premesse, questa ricerca, sviluppata nel corso di Master del Programma di Post Laurea della facoltà di Giurisprudenza dell'Universidade Federal di Minas Gerais, condotta da marzo 2018 a marzo 2020, ha desiderato avanzare nello studio sul precedente giudiziale, mirando alla tecnicizzazione procedurale di questo istituto giuridico, in modo a fornire, nell'ambito del post-positivismo, tutela giurisdizionale adeguata all'ordinamento giuridico, oggettivamente considerato. Il quadro teorico dello studio è stato posto davanti alla teoria del giusto processo e, più specificamente, sugli imperativi teorici che ne derivano: lo sviluppo di tecniche procedurali e la specializzazione della tutela giurisdizionale. L'obbedienza a questi due comandi consente al modello del giusto processo di assumere una forma fluida nella sua costante evoluzione teorica, poiché sarà sempre dotato di tecniche procedurali per la protezione dei diritti e sarà anche aggiornato sulle esigenze annunciate dal diritto materiale. Il sistema positivo di precedenti giudiziari è ora visto come una tecnica procedurale sviluppata dalla comunità giuridica al fine di soddisfare le esigenze presentate dall'ordinamento giuridico, che sono risolte da tutela giurisdizionale specializzata: il precedente giudiziale. Questa tutela giurisdizionale differenziata è rivolta all'ordinamento giuridico stesso, al fine di proteggere, in una dimensione plurale, obiettiva e socialmente diffusa, i diritti alla sicurezza giuridica e all'efficacia procedurale. La ricerca ha un carattere interdisciplinare, con indagini nei campi della teoria generale del diritto, della filosofia del diritto, dell'ermeneutica giuridica, del diritto processuale civile e del diritto costituzionale.

Parole chiave: ORDINAMENTO GIURIDICO. PRECEDENTE GIUDIZIALE. POST-POSITIVISMO. CULTURA GIURIDICA BRASILIANA. MODELLO DEL GIUSTO

PROCESSO. TECNICA PROCESSUALE. FORMA SPECIALE DI TUTELA
GIURISDIZIONALE. DIRITTO ALLA SICUREZZA GIURIDICA. DIRITTO
ALL'EFFICACIA PROCEDURALE.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO TEÓRICA-METODOLÓGICA	29
2 PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES	33
PRIMEIRA PARTE: AS IMBRICAÇÕES EXISTENTES ENTRE CULTURA, PROCESSO E ORDENAMENTO JURÍDICO	
3 ENTRE A CULTURA E O PROCESSO: o caráter reflexivo	42
3.1 Ainda sobre cultura e processo: tradição jurídica, legitimidade contextual e precedente judicial	49
3.2 O estudo do precedente judicial a partir da cultura jurídica brasileira: observações preliminares	54
4 JUSTO PROCESSO	55
4.1 Os movimentos de internacionalização e de constitucionalização do processo	58
4.2 O justo processo como modelo teórico vigente e em expansão	68
4.3 Ainda sobre a expansão teórica do modelo do justo processo: identificação do <i>dever</i> imposto à comunidade jurídica.....	74
4.3.1 <i>Primeiro imperativo do justo processo: o desenvolvimento de técnicas processuais idôneas para a realização do procedimento justo</i>	81
4.3.2 <i>As funções desempenhadas pela comunidade jurídica no desenvolvimento da tecnologia processual: compreensão, criação, interpretação e aplicação</i>	85
4.3.3 <i>Segundo imperativo do justo processo: a especialização das formas de tutela jurisdicional para a construção do provimento justo</i>	91
4.3.4 <i>A “regra de ouro” para a adequada estruturação do processo e para a prestação da tutela jurisdicional: a relação de simbiose entre o direito processual e o direito material</i>	98
4.3.5 <i>Breves observações preliminares sobre o estudo do precedente judicial a partir do justo processo</i>	102
5 DIREITO À SEGURANÇA JURÍDICA.....	104
5.1 A “crise” da certeza do direito.....	119

5.2 Da crise da certeza do direito à identificação das necessidades de tutela do direito à segurança jurídica.....	128
6 DIREITO À EFETIVIDADE PROCESSUAL	131
6.1 A crise do sistema de justiça brasileiro	139
6.2 Da crise do sistema de justiça à identificação das necessidades de tutela do direito à efetividade processual.....	142

**SEGUNDA PARTE: O SISTEMA DE PRECEDENTES ENQUANTO TÉCNICA
PROCESSUAL E O PRECEDENTE JUDICIAL ENQUANTO FORMA
ESPECIALIZADA DE TUTELA JURISDICIONAL**

7 CARACTERIZAÇÃO DO SISTEMA NORMATIVO DE PRECEDENTES E A JUSTIFICATIVA TEÓRICA PARA SUA IMPLANTAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	145
8 A ADEQUADA JUSTIFICATIVA PARA A IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA NORMATIVO DE PRECEDENTES JUDICIAIS: A AUTÊNTICA PROPOSTA DA PESQUISA ACADÊMICA.....	153
8.1 A tutela do ordenamento jurídico mediante precedente judicial	156
8.2 Dos resultados obteníveis com a tutela jurisdicional do ordenamento jurídico mediante precedente judicial.....	162
8.3 Consequências de compreender e justificar o precedente judicial como tutela jurisdicional: do liame colaborativo entre o legislador e o órgão julgador e da produção do direito pela jurisdição em caráter vinculante	178
9 LINHAS MESTRAS PARA A CORRETA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA TÉCNICA PROCESSUAL EM FAVOR DA CONSTRUÇÃO DE UM PRECEDENTE JUDICIAL ADEQUADO À TUTELA DO ORDENAMENTO JURÍDICO	186

**TERCEIRA PARTE: OS RESULTADOS DA PESQUISA E OS ASPECTOS
CONCLUSIVOS**

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS	202
REFERÊNCIAS	211

1 INTRODUÇÃO TEÓRICA-METODOLÓGICA

A pesquisa acadêmica não dispensa considerações de ordem metodológica, a fim de se permitir que os futuros revisores das pesquisas realizadas no passado tenham condições de traçar os caminhos percorridos e, a partir do refazimento de experiências cognitivas prévias, confirmar, alterar ou mesmo revogar os resultados anteriormente obtidos. O progresso das ciências — e, mais especificamente, o aprimoramento da ciência do direito — é, portanto, dependente da lisura e da correção da metodologia empregada, de modo a se permitir que as futuras gerações tenham condições de criticar os dogmas e de superar os paradigmas, reconstruindo-os, numa contínua espiral ascendente do conhecimento.

Bem por isso, oportuno ressaltar que o projeto de pesquisa¹ apresentado perante o curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais teve como intento principal avançar no estudo sobre o precedente judicial, objetivando a tecnicização processual deste instituto jurídico, de forma a promover, na quadra do pós-positivismo, uma tutela jurisdicional adequada ao ordenamento jurídico. O precedente judicial passa, então, a ser visualizado como técnica processual desenvolvida pela comunidade jurídica a fim de atender às demandas apresentadas pelo ordenamento jurídico, num processo de mútua imbricação: a relação “ordenamento jurídico-precedente judicial” é equiparada àquela outra identificada pelo binômio “direito-processo”.

A pesquisa partiu do pressuposto de que o sistema normativo de precedentes judiciais deveria ser compreendido a partir da tradição jurídica na qual se encontra inserido e, mais especificamente, deveria ser justificado em decorrência da função desempenhada perante o ordenamento jurídico, sendo relevante, portanto, investigar a existência de um *fundamento verdadeiramente legitimador* deste sistema.

¹ Importante registrar que as informações adiante mencionadas se referem ao projeto de pesquisa aprovado após a realização de banca de qualificação, a partir da qual foram apurados, teórica e metodologicamente, os rumos da investigação acadêmica. As eventuais modificações realizadas no projeto de pesquisa aprovado no processo seletivo — decorrentes dos oportunos direcionamentos ministrados na banca de qualificação — também serão devidamente evidenciadas.

O Regulamento do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG — aprovado pela Câmara de Pós-Graduação da UFMG, em 12 de setembro de 2013 — apresenta as seguintes diretrizes em relação ao exame de qualificação da dissertação:

“Art. 56 – O exame de qualificação, realizado em sessão pública, visa a avaliar o domínio do aluno sobre seu tema e linha de pesquisa e a qualidade da investigação proposta.”

“Art. 59 – O exame de qualificação em sede de mestrado consistirá na defesa do projeto de pesquisa.”

“Art. 60 – O projeto definitivo de dissertação, depois de aprovado pelo orientador e pela banca do exame de qualificação de mestrado, deverá ser registrado na secretaria.”

Inicialmente, supôs-se que trabalhar o precedente judicial sob esta perspectiva teria o potencial de justificá-lo e integrá-lo, com maior perfectibilidade, à tradição jurídica brasileira e aos estudos pátrios sobre o modelo de processo justo. Como marco teórico² do estudo, optou-se pela teoria do justo processo, com destaque para a obra desenvolvida pelo jurista italiano Luigi Paolo Comoglio³. Sob a ótica dessa teoria, o processo passa a ser concebido como instrumento constitucional efetivo para fazer atuar o direito material, sendo portador de garantias constitucionais mínimas, dentre as quais se inclui a efetividade do processo, a igualdade de tratamento das partes, o contraditório, a imparcialidade e independência do juízo e, ainda, a duração razoável do processo. Tal opção teórica se impôs, tendo em vista que o desenvolvimento do modelo de processo justo acrescenta especial significância à cultura jurídica brasileira, permitindo que as reflexões sobre o precedente judicial sejam realizadas a partir da tradição jurídica brasileira e, igualmente, dos estudos sobre processo civil, os quais fornecem, conjuntamente, abertura suficientemente idônea à fundamentação de tal instituto nacionalmente.

O problema para o qual foram vertidas as energias da pesquisa e para o qual se pretendeu apresentar solução pôde ser explicitado no seguinte enunciado: “O precedente judicial, visualizado a partir da peculiar tradição jurídica brasileira e do modelo de processo justo, pode ser compreendido, numa perspectiva de justificação teórica, como técnica processual suficientemente idônea a propiciar uma tutela jurisdicional adequada ao ordenamento jurídico da contemporaneidade?”. A pergunta científica básica pressupôs, portanto, o enfrentamento de questionamentos que interagem em diferentes planos de investigação, quais sejam, o filosófico — porque se investigou a dimensão teórica do instituto precedente judicial —, o sociológico — porque toda a pesquisa foi realizada a partir e em função das nuances culturais da tradição

² A grande diferença entre o projeto inicialmente apresentado e aquele definitivamente consolidado, se encontra no marco teórico da pesquisa, na medida em que, anteriormente, havia sido indicado, como marco teórico do estudo a Teoria Estruturante do Direito, desenvolvida pelo jurista alemão Friedrich Müller, segundo a qual o ordenamento jurídico deve ser compreendido como um conjunto de textos de normas, do que decorre a conclusão de que a norma jurídica não se encontra pronta nos textos legais ou nos textos judiciais, mas somente poderá ser produzida na situação do caso jurídico concreto, com a intercessão de um trabalho racionalmente controlável e metodicamente estruturado — nesse sentido: MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. A Teoria Estruturante do Direito não foi completamente abandonada, tendo em vista que serviu de apoio teórico imprescindível quando da definição do atual paradigma perante o qual o ordenamento jurídico se encontra, na contemporaneidade, situado.

Por outro lado, trabalhar o precedente judicial sob a luz da teoria do justo processo se apresentou bem mais produtivo porque se pôde compreender, com maior riqueza teórica, qual a relação existente entre o sistema normativo de precedentes judiciais e a tutela jurisdicional do ordenamento jurídico.

³ Nesse sentido: COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.

jurídica brasileira — e o jurídico — já que se levou em considerações as implicações propiciadas pelo precedente judicial sobre a ordem jurídica.

No intuito de explorar todas as virtudes que o problema apresentou, traçou-se, como objetivo geral, propor, em nível de justificação teórica, a tecnicização processual do precedente judicial, de forma a promover uma tutela jurisdicional adequada ao ordenamento jurídico, justificando e integrando o precedente judicial à tradição jurídica brasileira. A este objetivo maior foram agregados outros, mais específicos, referentes: *i.* ao estudo do instituto do precedente judicial, sua teoria, sua natureza, seu objeto, suas principais características e, sobretudo, o contexto histórico-jurídico de sua formação, tanto em nível nacional quanto internacional; *ii.* à investigação da existência de uma tradição jurídica verdadeiramente brasileira, delimitando os seus contornos e a sua estrutura jurídico-cultural; *iii.* à descrição da história do processo civil brasileiro, bem como o atual desenvolvimento do modelo de processo justo, identificando suas características primordiais; *iv.* ao exame das técnicas potencialmente extraíveis das mútuas imbricações existentes entre o direito material e o direito processual, bem como da relação advinda do “binômio direito-processo” e, igualmente, da relação “ordenamento jurídico-precedente judicial”; *v.* à compreensão do ordenamento jurídico e do paradigma pós-positivista no qual se encontra inserido e as consequências advindas com a adoção de um modelo deste jaez; *vi.* à análise dos julgados proferidos pelo poder judiciário em sede deste sistema normativo de precedentes judiciais; *vii.* à determinação da tutela jurisdicional prestada por intermédio do precedente judicial em função do ordenamento jurídico.

Naquela oportunidade apresentou-se, como solução provisória ao problema, hipótese que pôde ser formulada nos seguintes parâmetros: “Considerando a teoria de processo justo desenvolvida por Luigi Paolo Comoglio, conjectura-se a possibilidade de compreender o precedente judicial a partir da tradição jurídica brasileira e do modelo de processo justo, ambiente no qual seria alçado à condição de técnica processual idônea de tutela jurisdicional adequada ao ordenamento jurídico, encontrando aí seu fundamento verdadeiramente legitimador”. A suposição que se fez quanto ao equacionamento do problema — que, à época, não se apresentava nem verdadeira, nem falsa —, em decorrência de sua abrangência investigativa, permitiu que os objetivos essenciais da pesquisa fossem expandidos e, ainda, viabilizou a análise de outras proposições que, ao longo de seu desenvolvimento, se mostraram pertinentes, especialmente no que se refere à realização de indagações quanto ao direito à segurança jurídica e ao direito à efetividade processual.

Expostas as premissas metodológicas que orientaram a pesquisa, implica reconhecer que a revisão dos resultados adiante apontados deverá, portanto, levar em consideração as seguintes premissas, sem as quais o propósito revisional-metodológico não será adequado⁴: *i.* o processo é um fenômeno cultural; *ii.* o justo processo é regente da compreensão do fenômeno processual; *iii.* o ordenamento jurídico brasileiro perpassa por crises quanto à certeza do direito e quanto ao sistema de justiça; *iv.* as “necessidades de tutela” decorrentes dessa situação caótica devem ser assimiladas pelo processo e resolvidas mediante a prestação de tutela jurisdicional diferenciada. A alteração de quaisquer dessas premissas representa modificação substancial na genética do trabalho e, por isso mesmo, conduzirá, necessariamente, a resultados outros que não aqueles que, a partir de agora, serão apresentados.

⁴ A observação se faz importante justamente porque se incentiva a revisão do presente trabalho, o seu questionamento e o debate sobre a questão nele contida, tudo com a intenção de incrementar o estudo do direito e melhor compreender o fenômeno do precedente judicial.

2 PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES

O direito à segurança jurídica — na dimensão que retrata a certeza quanto ao conteúdo semântico dos textos normativos — e o direito à efetividade processual — na perspectiva do processo produtor de resultados verdadeiros — devem ser protegidos por uma tutela jurisdicional especializada. Essa necessidade de tutela decorre das particularidades que emanam desses direitos e somente poderá ser prestada e implementada mediante específica técnica processual, igualmente diferenciada em razão do aspecto substancial dos direitos a serem protegidos⁵.

Se se analisa a referida premissa — qual seja, a prestação de tutela aos direitos — no intuito de aprimorar o entendimento sobre o sistema normativo de precedentes judiciais, podem-se formular dois questionamentos interdependentes: *i.* seria o precedente judicial melhor compreendido e, portanto, melhor justificado perante a cultura jurídica brasileira, caso compreendido como *resultado do exercício da atividade jurisdicional*, direcionada à proteção da própria ordem jurídica, considerada em seu aspecto mais abrangente possível?; *ii.* os diversos procedimentos que integram e que conformam o sistema normativo de precedentes judiciais não seriam melhor aplicados e, portanto, renderiam resultados mais eficientes, caso compreendidos como *técnicas processuais* destinadas a instrumentalizar a prestação de uma tutela jurisdicional especializada e diversificada, razão pela qual também deveriam compartilhar de igual especialidade e diversificação? Esta pesquisa se desenvolveu no sentido de também responder a essas perguntas.

Parece equivocado legitimar a implantação do instituto do precedente judicial *simplesmente* como uma mera política pública judiciária, destinada a resolver, serialmente e sem qualquer outra preocupação, os problemas circunstanciais decorrentes da infundável crise do sistema de justiça. Não se mostra adequado justificar o precedente judicial a partir do objetivo de se resolver massivamente as demandas com o exclusivo intuito de promover, a qualquer custo, celeridade ao trâmite processual.

⁵ Adota-se, no particular, a lapidar observação feita por Luiz Guilherme Marinoni, ao afirmar que deve ser estabelecida uma relação racional entre as necessidades do caso concreto, o significado da tutela jurisdicional no plano substancial e a técnica processual: “[...] deve demonstrar que determinada situação de direito material deve ser protegida por certo tipo de tutela jurisdicional, e que, para que essa modalidade de tutela jurisdicional possa ser implementada, deve ser utilizada uma precisa técnica processual.” MARINONI, Luiz Guilherme. *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. Revista da Escola Nacional da Magistratura, v. 1. ano 1, n. 1, p. 68–81, abr., 2006, p. 80.

O objetivo maior do processo — qual seja, prestar tutela adequada aos direitos — deve condicionar, precípua e primariamente, a compreensão do precedente judicial, de modo que a legítima pretensão de celeridade e de economia processuais estejam subordinadas à prévia obtenção desse objetivo impostergável de tutelar as situações jurídicas ameaçadas de lesão ou violadas.

As visões extremistas são inconciliáveis, são impeditivas do consenso, do progresso, do diálogo e da ciência. Em direção oposta ao antagonismo, se questiona se seria possível estreitar a largura existente entre um e outro objetivo, de forma a se estabelecer uma relação de reciprocidade entre as duas perspectivas, em nítida pretensão harmonizadora, angariando ganhos proveitosos tanto à efetividade dos direitos, quanto à certeza do direito? A vitória do precedente judicial enquanto política pública de contenção da crise do sistema de justiça eliminaria, por completo, a sua função hermenêutica frente ao sistema jurídico, e vice-versa?

Bem por isso, a presente investigação tem a pretensão de, em várias oportunidades, propor *soluções harmonizadoras*, capazes de conciliar desideratos aparentemente contraditórios⁶. Especificamente em relação ao estudo do precedente judicial⁷, a harmonização das soluções foi determinante para que o trabalho se desenvolvesse no sentido de conciliar as legítimas e pertinentes pretensões de: *i.* redução do grau de incerteza do direito, alcançando níveis ideais quanto ao conteúdo normativo dos textos normativos; *ii.* redução da ineficiência do sistema de justiça, permitindo o alcance de patamares constitucionalmente adequados quanto à eficiência do serviço público de prestação de tutela aos direitos.

A obtenção de soluções harmonizadoras, por outro lado, não quer implicar que entre uma e outra pretensão não possam existir prioridades e preferências, exigidas pelo próprio ordenamento jurídico e pela finalidade do sistema normativo de precedentes judiciais. Nesse sentido, o valor da certeza do direito trata-se de um objetivo que deve ser perseguido prioritariamente, mas que não tem o condão de eliminar a promoção do valor da efetividade

⁶ A lição é conferida por Carlos Maximiliano, para quem: “No meio termo está a virtude: os vários processos complementam-se reciprocamente, todos os elementos contribuem para a descoberta da verdade e maior aproximação do ideal da verdadeira justiça. [...] Todos os exageros são condenáveis; nenhum exclusivismo se justifica.” MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1933, p. 141.

⁷ A proposta de harmonização quanto à justificativa do precedente judicial parte da observação realizada por Mônica Sette Lopes, no sentido de que “Apontar o precedente em suas variadas versões (súmulas, enunciados, orientações jurisprudenciais, precedentes normativos) como causa de todos os males ou como fonte de todas as soluções é manter um diálogo irreal com as circunstâncias que integram a situação corrente das coisas.” LOPES, Mônica Sette. *Precedentes e tópica: soluções como problemas*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9. Região, v. 32, n. 59, p. 255–273, jul./dez., 2007, p. 270.

dos direitos, o qual também não pode ser renegado nos atuais tempos de crise do sistema de justiça.

A obtenção de *soluções harmonizadoras* pressupõe, necessariamente, a democracia na construção dos consensos, inclusive em sede do exercício jurisdicional e, mais especificamente, da edição de precedentes judiciais. Justamente por isso, as deliberações individuais são substituídas, nesses ambientes de edificação dos acordos, pelas decisões coletivas, tomadas no formato de comunidade jurídica ou, ainda, como comunidade de trabalho⁸. A designação da expressão “comunidade jurídica” indica duas perspectivas distintas, mas complementares: *i.* quer, primeiramente, indicar a existência de um *espaço comunicativo*, no qual os consensos minimamente estáveis são produzidos, desenvolvidos e reiterados no desenrolar das gerações dos juristas⁹; *ii.* a expressão também compreende, além disso, o *trabalho hermenêutico* desenvolvido por todos aqueles que, de alguma forma, participam do processo de concretização do direito, o que acaba por englobar as figuras do pesquisador, do legislador, do administrador, do doutrinador e do julgador¹⁰.

⁸ Dierle Nunes se manifesta no sentido de ser “[...] completamente incompatível com uma perspectiva democrática a busca meramente funcional de produtividade e redutora do papel processual, típica do neoliberalismo processual. Toda essa percepção somente demonstra a impossibilidade de uma análise segmentada do sistema processual e da atuação de seus sujeitos processuais. O estabelecimento de focos de centralidade, seja nas partes, nos advogados ou nos juízes, não se adapta ao perfil democrático dos Estados de direito da alta modernidade.” O autor ressalta, ainda, que, “Como uma das bases da perspectiva democrática, aqui defendida, reside na manutenção da tensão entre perspectivas liberais e sociais, a comunidade de trabalho deve ser revista em perspectiva policêntrica e coparticipativa, afastando qualquer protagonismo e se estruturando a partir do modelo constitucional de processo.” NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 212 e p. 215, respectivamente.

⁹ Sob esse aspecto, Jean-François Gaudreault-DesBiens afirma que: “Nesta ótica, cada comunidade jurídica baseia-se num *habitus* que nutre seus membros e por eles é nutrido. E se as atribuições jurídicas, como as de direito civil ou de *common law*, propõem uma estrutura de produção de sentido, é a comunidade jurídica que, concretamente, orchestra e operacionaliza sua reprodução. Logo, esta comunidade jurídica constitui igualmente, e inevitavelmente, uma comunidade epistêmica.” Na sequência, o autor ainda ressalta que: “[...] os juristas são socializados no seio de suas instituições particulares, pela transmissão de valores, crenças, ideologias que são reconhecidas como pertinentes, válidas, úteis ou necessárias por seu grupo de pares e cuja transgressão pode às vezes levar a sanções explícitas ou implícitas; enfim, são socializados por práticas repetidas ao infinito que consolidam as aquisições.” GAUDREAU-DESBIENS, Jean-François. *A concorrência das tradições jurídicas: perspectivas e prospectivas a partir do caso do bijuridismo canadense*. Trad. Procópio Abreu. Curitiba: Juruá, 2011, p. 38 e p. 39, respectivamente.

¹⁰ Friedrich Müller ressalta que “[...] a metódica jurídica só pode ser elaborada a partir das condições das diferentes funções concretizadoras das normas (instituição da norma, governo, administração pública, jurisprudência, ciência).” MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 105.

Ainda sobre esta perspectiva, se mostram extremamente oportunas as considerações formuladas por Peter Härbele sobre a interpretação pluralista da Constituição. De acordo com as suas ideias, o processo de interpretação é aberto e rechaça qualquer forma de passiva de submissão ou de autoritária ordenação; ao contrário, a interpretação é realizada pela sociedade aberta de intérpretes, que é composta, de acordo com o catálogo sistemático elaborado pelo autor: pelas funções estatais, compreendendo a jurisdição, órgãos do Legislativo e do Executivo; pelos participantes do processo de decisão, abarcando as partes processuais, outros participantes do processo, associações e partidos políticos, grupos de pressão organizados; pela opinião pública

O conseguimento de uma resposta que possa autenticar o precedente judicial a partir das idiossincrasias da realidade jurídico-cultural brasileira perpassa, necessariamente, pela via do diálogo e do consenso, a ser realizado e alcançado pelos integrantes da comunidade jurídica¹¹ — a qual, sob esse prisma, passa a ser uma comunidade interpretativa¹². Oportuno registrar, no entanto, que o alcance de graus mínimos de concordância sobre a aplicação do direito não exonera os membros da comunidade jurídica de continuarem a desenvolver e a aprimorar o seu trabalho hermenêutico, do qual o direito é permanentemente dependente¹³.

democrática e pluralista e pelo processo político como grandes estimuladores, integrado por imprensa, rádio, televisão, jornalismo profissional, expectativas dos leitores, iniciativas dos cidadãos, as associações, partidos políticos, igrejas, teatros, editoras, escolas da comunidade, pedagogos e associações de pais; pela doutrina constitucional. A partir dessa abertura à interpretação da Constituição, se faz necessário formular um conceito mais amplo de hermenêutica: “cidadãos e grupos, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública (...) representam forças produtivas de interpretação (*interpretatorische Produktivkräfte*); eles são intérpretes constitucionais em sentido lato, atuando nitidamente, pelo menos, como pré-intérpretes (*Vorinterpreteten*).” HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1997, p. 20-23 e p. 14, respectivamente.

¹¹ Segundo Hermes Zaneti Jr., “Hoje, com o modelo de precedentes, teremos de repensar a metodologia de trabalho dos juízes, advogados, professores e de todos aqueles que escrevem e pensam o Direito — a comunidade de trabalho dos juristas. O exemplo dos processualistas é digno de ser referido, uma vez que, objetivamente, serão os mais afetados imediatamente, já que a mudança principia pelo CPC.” ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JR., Fredier [et al.] (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 411.

¹² De acordo com Francesco Viola e Giuseppe Zaccaria, “A vida de uma comunidade jurídica consiste em uma incessante e incansável prática interpretativa. De fato, se queremos conhecer o sistema jurídico em vigor, precisamos começar pela maneira como os associados usam as regras comuns e, com isso, as aceitam e as reconhecem. A comunidade jurídica é, portanto, uma comunidade interpretativa.” VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. 9. ed. Roma: Laterza, 2016, p. 65 — tradução livre.

No original: “La vita di una comunità giuridica consiste in un’incessante ed instancabile prassi interpretativa. Se vogliamo, infatti, conoscere il sistema giuridico in forza, dobbiamo prendere le mosse dal modo in cui i consociati usano le regole comuni e, con ciò stesso, le accettano e le riconoscono. La comunità giuridica è, dunque, una comunità interpretativa.”

¹³ Conforme elucidam Francesco Viola e Giuseppe Zaccaria, “Considerar como ‘comunitária’ a obra interpretativa das regras jurídicas não significa sustentar com isso a superação do conflito pelo qual há necessidade do direito. Pelo contrário, o direito é o lugar do desacordo, do conflito e da contraposição. Em certo sentido, pode-se afirmar também que o próprio direito alimenta a conflitualidade da vida social, uma vez que o choque de opiniões e de interesses é ainda mais intenso e generalizado quanto maiores são as possibilidades de comunicação dos contendores. Esse espaço comunicativo aberto é uma arena em que os contendores podem ficar frente a frente. Não é necessário nem mesmo acreditar que pelo menos as regras jurídicas são preservadas da conflitualidade, porque existe discordância teórica sobre sua individuação e existe discordância empírica sobre sua aplicação aos casos concretos [...]” VIOLA, Francesco; VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. 9. ed. Roma: Laterza, 2016, p. 67-68 — tradução livre.

No original: “Considerare come ‘comunitaria’ l’opera interpretativa delle regole giuridiche non significa ritenere con ciò stesso superato il conflitto per cui c’è bisogno del diritto. Al contrario il diritto è il luogo del disaccordo, del conflitto e della contrapposizione. In un certo senso si può anche affermare che il diritto stesso alimenti la conflittualità della vita sociale, poichè lo scontro delle opinioni e degli interessi è tanto più intenso ed esteso quanto maggiori sono le possibilità di comunicazione dei contendenti. Questo spazio comunicativo aperto è un’arena in cui i contendenti possono trovarsi faccia a faccia. Neppure bisogna credere che almeno le regole giuridiche siano preservate dalla conflittualità, perche c’è disaccordo teoretico sulla loro individuação e c’è disaccordo empirico sulla loro applicazione ai casi concreti [...]”

A solução harmonizadora que ora se propõe é a de compreender o precedente judicial como uma forma especializada de tutela jurisdicional, ministrada por técnicas processuais idôneas à tal finalidade. Para tanto, o relatório da dissertação se encontra dividido em 10 (dez) capítulos, que, além da presente parte introdutória, podem ser assim sumariados.

O terceiro capítulo destinou-se à caracterização da cultura¹⁴, que, apreendida em sua dimensão global e genérica, representa o conjunto de fatores que, ao serem introduzidos no ciclo geracional de determinada comunidade, acabam por caracterizar e por particularizar aquele grupo social, estabelecendo e ditando os rumos das práticas sociais que conformarão a vida societária. Avançando-se no estudo da temática, passou-se a descrever o *caráter reflexivo* existente entre a cultura de determinada sociedade e o método de resolução de conflitos por ela desenvolvido, quando se pôde observar que o processo é influenciado pelo caldo cultural no qual se encontra inserido, bem como exerce direta influência sobre esse mesmo ambiente. Foi constatado, além disso, que todo e qualquer instituto jurídico, e, mais especificamente, o precedente judicial, deve ser compreendido, interpretado e aplicado a partir e em função da tradição na qual se encontra inserido, extraindo daí sua legitimidade cultural e jurídica.

O quarto capítulo teve como objeto a descrição do modelo do justo processo¹⁵, que se caracteriza por congrega os conhecimentos necessários à explicação, ao desenvolvimento, à interpretação e à unificação do fenômeno processual. Constatou-se que, em decorrência de sua significativa importância, a Constituição da República e o Código de Processo Civil elevaram o justo processo ao grau de entidade vívida na realidade jurídico-cultural brasileira, incorporando o valor da justiça como essencial à organização da sociedade.

¹⁴ Para o desenvolvimento desse tópico, foram essenciais, dentre outras, as seguintes obras: LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 11. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997; TARUFFO, Michele. *Cultura e processo*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 63, n. 1, p. 63–92, mar., 2009; MITIDIERO, Daniel. *Processo e cultura: Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual Civil*. Gênesis: revista de direito processual civil, v. 9, n. 33, p. 484–510, jul./set., 2004; CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Trad. Sergio Cruz Arenhart, Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

¹⁵ Para a construção desse capítulo e dos temas dele decorrentes, mostrou-se imprescindível, dentre outros tantos importantes trabalhos, o estudo das seguintes obras: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*. Rio de Janeiro: AIDE, 1987; ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997; TROCKER, Nicolò. *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 55, n. 2, p. 381–410, giugno, 2001; COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004; ANDRADE, Érico. *O mandado de segurança: a busca da verdadeira especialidade (proposta de releitura à luz da efetividade do processo)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Direito Fundamental ao Processo Justo*. Revista Magister de direito civil e processual civil, v. 8, n. 45, p. 22–34, nov./dez., 2011; FRANCO, Marcelo Veiga. *Processo justo: entre efetividade e legitimidade da jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

Para além de vivificar a estruturação social, o justo processo também se apresenta como uma realidade teórica dinâmica, na medida em que é composto pelas características da expansividade, da variabilidade e da perfectibilidade. Em virtude de sua dinamicidade, se pôde observar que o modelo de justo impõe o dever de se desenvolverem técnicas processuais hábeis à prestação de tutela jurisdicional adequada às necessidades reportadas pelo direito material. O adimplemento da obrigação imposta à comunidade jurídica obsta que o modelo de justo processo fique estagnado quanto ao desenvolvimento de tecnologias eficientes à tutela dos direitos. Observou-se que as particularidades do direito material ditam os rumos da forma da tutela jurisdicional, bem como da estrutura da técnica processual, em ordem tal de grandeza que a utilidade da técnica e a efetividade da tutela estarão necessariamente atreladas às nuances do direito material que se pretende proteger.

O quinto capítulo destinou-se à compreensão do direito à segurança jurídica¹⁶, na dimensão que busca graus ideais quanto à certeza do direito. Foi verificado que o direito, para cumprir a sua missão regulatória, bem como para ser capaz de implementar a justiça e a liberdade, deve também contar com as qualificações de segurança e de certeza. Desse modo, foram explorados os desdobramentos normativos do direito à segurança jurídica, bem como os influxos e as necessidades que dele podem ser recolhidos e assimilados pelo direito processual. Em outras palavras, foram apuradas as demandas que o direito à segurança jurídica apresentava, decorrentes da crise quanto à incerteza do direito, bem como se investigou se essas necessidades poderiam ser satisfeitas mediante tutela jurisdicional especializada, prestada por meio do precedente judicial.

O sexto capítulo objetivou alcançar o entendimento sobre o direito à efetividade processual¹⁷, na dimensão que almeja a obtenção de resultados verdadeiros e eficientes por

¹⁶ O desenvolvimento do tema foi baseado, principalmente — mas não exclusivamente —, nas obras de: STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem: Uma análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008; LIPARI, Nicolò. *I civilisti e la certezza del diritto*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 69, n. 4, p. 1115–1143, dic., 2015; VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. 9. ed. Roma: Laterza, 2016; ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*. Nuova edizione. Torino: Einaudi Contemporanea, 2018; ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

¹⁷ O trabalho, nesse ponto, foi conduzido pela análise das seguintes obras, dentre outras igualmente relevantes: MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. In: ————. *Temas de direito processual civil: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984; COSTA, Eduardo José da Fonseca. *As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência*. Revista de Processo online, v. 30, n. 121, p. 275–300, mar., 2005; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007; TROCKER, Nicolò. *Dal giusto processo all’effettività dei rimedi: l’azione nell’elaborazione della Corte europea dei diritti dell’uomo*. Parte prima. Rivista trimestrale di diritto e

meio do processo. Apurou-se, que a efetividade dos direitos depende, em grande medida, da efetividade do instrumento utilizado para fazer cumprir esses direitos nas situações de crise. Dessa forma, discorreu-se sobre as dimensões normativas do direito à efetividade processual, bem como sobre as necessidades que dele emergiam em decorrência da crise do sistema de justiça e, ainda, se tais carências de tutela poderiam ser satisfeitas mediante tutela jurisdicional especializada, prestada por meio do precedente judicial.

O sétimo capítulo procurou descrever, enquanto conjunto de normas positivadas, o sistema normativo de precedentes judiciais¹⁸, vigente no sistema jurídico. Nesse sentido, foi demonstrado que o ordenamento jurídico brasileiro, apesar de originar-se na tradução de *civil law*, sempre foi condescendente com o direito jurisprudencial, tendo instituído, por meio da renovada legislação processual, um sistema de confecção concentrada de precedentes judiciais, dotados de efeito vinculante. Além do aspecto descritivo, foi também apontado o equívoco na justificativa até então apresentada para a adoção de um sistema de precedentes judiciais.

Por meio do oitavo capítulo foi demonstrado o fundamento teórico-normativo que melhor justifica, a partir da cultura jurídica brasileira, a introdução do sistema de precedentes judiciais num sistema descendente da família romano-germânica¹⁹, especialmente a parte do

procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 61, n. 1, p. 35–65, mar., 2007; CAPONI, Remo. *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 65, n. 2, p. 389–406, giugno, 2011; MAIA, Renata Christiana Vieira. *A efetividade do processo de conhecimento mediante a aplicação do processo oral*. Belo Horizonte, 2015. 302 f. Tese (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015; FRANCO, Marcelo Veiga. *Administração pública como litigante habitual: a necessária mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos*. Belo Horizonte, 2018. 541 f. Tese (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018;

¹⁸ Dentre tantos outros igualmente importantes, foram essenciais para consecução desse objetivo os seguintes trabalhos: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: a racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012; DIDIER Jr., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. *O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro*. Revista de Processo Comparado, v. 2, ano 1, p. 99-120, jul.-dez. 2015; CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016; MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2016; OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. *Distinção e superação dos precedentes judiciais no processo civil brasileiro: garantia aos direitos fundamentais do contraditório e da fundamentação*. Belo Horizonte, 2016. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016;

¹⁹ Foram consultadas, relevantemente, as seguintes obras, sem desmerecer a importância de outras fontes: TARUFFO, Michele. *Il vertice ambiguo: saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991; TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007; MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014; MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016; ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016; ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de processo civil de 2015?* Revista de processo, v. 41, n. 257, p. 371–388, jul., 2016; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo:

marco teórico adotado, que se localiza no modelo do justo. Além disso, também fora explicada como opera a tutela jurisdicional que é prestada em favor do ordenamento jurídico, considerado em sua unidade, bem como apontados os resultados obteníveis por meio dessa especializada atividade estatal. Por fim, foram descritas as consequências de compreender e de justificar o precedente judicial como tutela jurisdicional e, nessa medida, demonstrado o regime de cooperação a partir do qual atuam a legislação e a jurisdição.

O nono capítulo objetivou descrever as premissas de ordem substancial e de ordem estrutural para bem aplicar as técnicas processuais construídas pelo legislador brasileiro a fim de se construir o precedente judicial²⁰.

Por fim, o décimo capítulo tratou de demonstrar, em síntese, as conclusões alcançadas pela realização do trabalho.

Revista dos Tribunais, 2017; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

²⁰ Foram importantes, para a construção do texto, os seguintes textos: ABOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo Código de processo civil a partir do paradigma do pós-positivismo*. Revista de processo, v. 40, n. 245, p. 351–378, jul., 2015; FRANCO, Marcelo Veiga. *Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e conotação ética do processo justo: breve reflexão sobre o art. 489, §1.º, IV, do novo CPC*. Revista de processo online, v. 40, n. 247, p. 105–136, set., 2015; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de processo civil — demandas repetitivas*. Revista de processo, v. 41, n. 255, p. 359–372, maio, 2016; OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. *Influência de técnicas do common law na teoria brasileira dos precedentes judiciais*. Revista de processo, v. 42, n. 270, p. 313–351, ago., 2017; TARUFFO, Michele. *Note sparse sul precedente giudiziale*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 72, n. 1, p. 111–129, mar., 2018; PASSANANTE, Luca. *Il precedente impossibile: Contributo allo studio di diritto giurisprudenziale nel processo civile*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2018; DUTRA, Victor Barbosa. *Precedentes vinculantes: contraditório efetivo e técnicas repetitivas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018; MAIA, Renata Christiana Vieira; JAYME, Fernando Gonzaga; LIPIENSKI, Marcos Vinicius. *A resiliência jurisprudencial na observância do dever de fundamentação das decisões*. In: JAYME, Fernando; MENDES, Aloisio; NUNES, Dierle (Coord.). *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PRIMEIRA PARTE:

**As imbricações existentes entre cultura, processo e ordenamento
jurídico**

3 ENTRE A CULTURA E O PROCESSO: o caráter reflexivo

A cultura, ainda que captada somente em seu aspecto panorâmico²¹, quer significar o conjunto complexo de conhecimentos, costumes, crenças e padrões de comportamento, adquiridos e transmitidos socialmente, que caracterizam um determinado grupo social²². Toda essa coletânea de conhecimentos e de costumes, formada a partir da reiteração de práticas sociais, representa: *i.* o modo de organizar e de integrar os indivíduos de forma minimamente coerente e harmoniosa, tendente à perpetuação²³; *ii.* o ambiente no qual se podem apurar a ideologia e os valores eleitos pelos indivíduos como essenciais e estruturantes do agrupamento social formado²⁴.

Por sua vez, o direito, enquanto ciência de normas obrigatórias que disciplinam as relações humanas, está intimamente ligado à cultura vigente na sociedade para a qual é

²¹ De acordo com Roque de Barros Laraia, a percepção integral do conceito de cultura se revela inviável, já que “[...] a discussão não terminou — continua ainda —, e provavelmente nunca terminará, pois uma compreensão exata do conceito de cultura significa a compreensão da própria natureza humana, tema perene da incansável reflexão humana.” LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 11. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 65.

²² Sob a perspectiva antropológica, Bronislaw Malinowski pontua que o panorama da cultura representa “[...] o todo integral constituído por implementos e bens de consumo, por cartas constitucionais para os vários agrupamentos sociais, por ideias e ofícios humanos, por crenças e costumes. Quer consideremos uma cultura muito simples ou primitiva, ou uma extremamente complexa e desenvolvida, deparamo-nos com vasta aparelhagem, em parte material, em parte humana, em parte espiritual, com a ajuda da qual o homem é capaz de lidar com os problemas concretos, específicos, com que se defronta.” MALINOWSKI, Bronislaw. *Uma teoria científica da cultura*. Trad. José Auto. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p. 44.

²³ Para Claudio Esteva Fabregat, “Um sistema cultural é um conjunto de conhecimento e de técnicas de comunicação e de ação que se manifestam sob a forma de organizações sociais e produtos materiais e espirituais. É uma maneira de colocar em relação organizada os indivíduos de uma sociedade. É, portanto, equivalente a uma integração populacional e, nessa medida, manifesta-se como um processo e uma estrutura únicos. Essa integração pode ser representada por uma étnica ou por uma sociedade com um sistema político nacional.” FABREGAT, Claudio Esteva. El concepto de cultura. *In*: MARTORELL, Mercedes Fernández. *Sobre el concepto de cultura*. Barcelona: Editorial Mitre, 1984, p. 74 — tradução livre.

No original: “Un sistema cultural es un conjunto de conocimientos y de técnicas de comunicación y de acción que se manifiestan bajo la forma de organizaciones sociales y de productos materiales y espirituales. Es un modo de poner en relación organizada a los individuos de una sociedad. Es, por lo tanto, equivalente a una integración poblacional, y en esta medida se manifiesta como un proceso y como una estructura únicos. Esta integración puede estar representada por una étnica, o por una sociedad de sistema político nacional.”

²⁴ Ressaltando o caráter axiológico e ideológico da cultura, Michele Taruffo afirma que o seu conceito “[...] pode ter alguma utilidade heurística — pelo menos para juristas — a fim de superar o nível de pura e simples análise técnica de normas e precedentes específicos, e de interessar-se também pelos valores, comportamentos, orientações e ideologias que circundam, fundamentam ou passam através das instituições e os conceitos jurídicos, no geral assim como no âmbito do direito processual.” TARUFFO, Michele. *Dimensioni transculturali della giustizia civile*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 54, n. 4, p. 1047–1084, dic., 2000, p. 1048.

No original: “[...] può avere qualche utilità euristica — almeno per i giuristi — al fine di superare il livello della pura e semplice analisi tecnica di specifiche norme e precedenti, e di occuparsi anche di valori, atteggiamenti, orientamenti e ideologie che circondano, fondano o passano attraverso le istituzioni e i concetti giuridici, in generale così come nell’ambito del diritto processuale.”

construído, desenvolvido e aplicado²⁵. De igual forma, o processo, enquanto mecanismo desenvolvido para solucionar as controvérsias surgidas entre os homens, também compartilha da mesma estreiteza com a cultura, de modo que a sua estruturação técnica é diretamente influenciada pelo clima cultural²⁶.

As facetas que caracterizam a cultura de uma dada sociedade, as quais, por um lado, constituem opções axiológicas, políticas e ideológicas e, doutro lado, representam as idiosincrasias daquele nicho social, exercem insuperável influência sobre o método de resolução dos conflitos sociais²⁷, desde o mais alto grau — quando, por exemplo, são estabelecidos critérios que poderão não recomendar o processo jurisdicional para a resolução daquele conflito, indicando outros métodos mais adequados — até às minúcias da estruturação dos procedimentos — desenvolvendo-se técnicas processuais específicas, projetadas exclusivamente para a tutela de um determinado direito —, tudo desempenhado no intuito de efetivar os valores e os objetivos culturalmente eleitos²⁸.

²⁵ Ao relacionar os mundos da natureza, dos valores e da cultura com o direito, José Flóscolo da Nóbrega afirma que “[...] o direito não tem sede nem na natureza, nem no mundo dos valores, mas participa a um só tempo de um e de outro: da natureza, porque tem base na vida humana, nas relações sociais, e dos valores pela significação que imprime a essas relações, orientando-as para a satisfação dos interesses comuns. É, portanto, natureza valorada, moldada pelo valor e valor objetivado através de dados naturais. O que significa que o direito é fato cultural e se situa no mundo da cultura.” NÓBREGA, José Flóscolo da. *Introdução ao Direito*. 5. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1969, p. 17.

²⁶ Cândido Rangel Dinamarco aponta que, “Dos escopos do processo, o jurídico é que, justamente por ser *prima facie* técnico, mais se presta a considerações de ordem técnica e mais influências projeta sobre a técnica processual. Isso não significa reconhecer ou pressupor a natureza exclusivamente técnica do processo, como instrumento sem conotações éticas ou deontológicas e desligado da escala axiológica da nação e do Estado. Ele é instrumento e é técnico, mas pelo canal da sua instrumentalidade jurídica e social e política recebe os influxos do clima cultural que o envolve, tanto como o direito substancial.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 219.

²⁷ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira enfatiza que as opções políticas e valorativas feitas pela sociedade acabam por repercutir diretamente no processo: “[...] a questão axiológica termina por se precipitar no ordenamento de cada sistema e na própria configuração interna do processo, pela indubitável natureza de fenômeno cultural deste e do próprio direito, fazendo com que aí interfira o conjunto de modos de vida criados, apreendidos e transmitidos de geração em geração, entre os membros de uma determinada sociedade.” OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 73 e p. 73-74, respectivamente.

No mesmo sentido, confira as observações formuladas por Gustavo Osna: “É assim que, de forma instrumental, entendemos como *cultura* um arranjo amplo e contextual, formado pelas ideias, pelos valores e pelas instituições genericamente aceitas em determinado ambiente. Residiria, aí, nesse amálgama de vetores, o seu *caldo cultural*. E a premência dessa teia traria efeitos profundos para o processo: se ele *reflete* a cultura em que se enquadra, deve constantemente acompanhar as suas adaptações.” OSNA, Gustavo. *Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade: Análise Crítica da Teoria Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 44.

²⁸ Segundo Eduardo Kochenborger Scarparo, “[...] nota-se que a necessidade de perquirir sobre a cultura é íntima ao estudo do processo. Somente assim será possível engendrar técnicas apropriadas aos objetivos culturalmente eleitos. De vital importância, portanto, a problematização da produção do conhecimento e dos espaços culturais [...]” SCARPARO, Eduardo Kochenborger. *Contribuição ao estudo das relações entre processo civil e cultura*. Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência, v. 34, n. 107, p. 111–121, set., 2007, p. 115.

A observação também pode ser apreendida a partir das lições ministradas por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “Mostra-se totalmente inadequado, assim, conceber o processo, apesar do seu caráter formal, como

Constata-se, portanto, que o processo é influenciado pela cultura da sociedade na qual se encontra inserido²⁹. A recíproca é igualmente verdadeira: o processo auxilia a construção da cultura, de tal modo que se pode afirmar que a relação existente entre um e o outro é reflexiva³⁰. Reconhece-se que o processo, num primeiro momento, integra a cultura, na sua dimensão jurídica, e, por consequência, a própria cultura em geral, na abrangente perspectiva antropológica; num segundo momento, refaz-se o sentido da influência, de forma a também reconhecer que o processo influencia importantemente a cultura que se encontra à sua volta³¹.

mero ordenamento de atividades dotado de cunho exclusivamente técnico, integrado por regras externas, estabelecidas pelo legislador de modo totalmente arbitrário. A estrutura mesma que lhe é inerente depende dos valores adotados e, então, não se trata de simples adaptação técnica do instrumento processual a um objetivo determinado, mas especialmente de uma escolha de natureza política, escolha essa ligada às formas e ao objetivo da própria administração judicial.” OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 72-73.

²⁹ Ada Pellegrini Grinover assim pontua: “O processo não é neutro. Embora técnico, este instrumento é profundamente influenciado por fatores políticos, econômicos e sociais. Sobre os princípios políticos e sociais da Constituição edificam-se os sistemas processuais, num inegável paralelo entre o regime político e a disciplina do processo.” GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 8.

³⁰ Confira, nesse sentido, o importante estudo desenvolvido por Oscar G. Chase, por meio do qual o autor examina o fator eminentemente cultural das instituições jurídicas para demonstrar que o método de resolução de conflitos tem sua origem na cultura em que se situa a sociedade à qual se refere. O estudo desenvolvido pelo autor centra-se em dois argumentos centrais: “o primeiro é o fato de este processo resolutivo refletir a cultura em que está inserido — seus valores, seu arranjo social, sua metafísica e os símbolos através dos quais estes elementos são exteriorizados; o segundo é que esta relação é reflexiva — ou seja, a forma de resolução de conflitos será, também, um componente deste movimento contínuo de manutenção e construção da cultura em que está imerso.” A teoria desenvolvida por Oscar G. Chase, possui, nesse aspecto, “utilidade tanto em uma perspectiva de previsão quanto em um aspecto normativo: ela servirá para prever que quando a cultura passa por mudanças significativas, quaisquer que sejam seus motivos, o processo possivelmente irá se adequar à nova roupagem. A recíproca é verdadeira: modificações no processo apresentarão impacto mais amplo. Já no prisma normativo, esta análise adverte os legisladores quanto à necessidade de, ao adaptarem o processo, terem em mente o impacto cultural em potencial que é inerente a tal opção. Não há, assim, reforma processual que possa ser pensada somente sob a redoma da técnica jurídica.” CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Trad. Sergio Cruz Arenhart, Gustavo Osná. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 187.

³¹ Conquanto Michele Taruffo aponte certos empecilhos para que a cultura jurídica processual exerça influência significativa sobre a cultura em geral — especialmente no que se refere à não repercussão da leitura e da escrita para fora do ambiente da doutrina estritamente processual —, é igualmente certo que o autor acena para duas perspectivas referentes ao modo como o processo civil influi sobre a cultura: *i*. “Por um lado, o processo civil representa uma parte significativa do ordenamento jurídico e, portanto, a cultura que lhe concerne — que é principalmente, embora não somente, uma cultura técnica — constitui uma parte da cultura jurídica e, portanto, também uma parte da cultura geral.”; *ii*. “Por outro lado, a sociedade circundante não pode deixar de perceber a existência da justiça civil e, portanto, se se faz referência à cultura em um sentido amplo, podemos nos perguntar como ela percebe e valoriza um fenômeno socialmente assim importante, como a administração da justiça civil.” TARUFFO, Michele. *Cultura e processo*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 63, n. 1, p. 63–92, mar., 2009, p. 90 e p. 91, respectivamente — tradução livre. No original: *i*. “Da un lato, il processo civile rappresenta una parte rilevante dell’ordinamento giuridico, e quindi la cultura che lo riguarda — che è principalmente, anche se non soltanto, una cultura tecnica — costituisce una parte della cultura giuridica, e quindi anche una parte della cultura generale.”; *ii*. “Dall’altro lato, la società circostante non può fare a meno di rendersi conto dell’esistenza della giustizia civile, e quindi se si fa riferimento alla cultura in senso lato ci si può chiedere come essa percepisca e valuti un fenomeno socialmente così importante come l’amministrazione della giustizia civile.”

Tal assertiva implica reconhecer que a manutenção, a provocação e a alteração da cultura não ficam circunscritas às disputas internas pela prevalência de valores, mas encontram, igualmente, em fatores externos, tal como o processo jurisdicional, vetor de significativa influência³². Portanto, para além de destacar o direito, e mais especificamente o processo, como *produto cultural* — na medida em que visualizado como *determinado* pelos valores erigidos como relevantes pela sociedade —, também é ressaltado o seu papel de *produtor cultural* — tendo em vista que assume, ainda que não em caráter de exclusividade, o papel de *determinante* da própria cultura³³.

Logo, diante do caráter reflexivo existente entre a cultura e o processo, não se mostra possível recusar o caráter cultural do processo³⁴, nem desconsiderar o momento cultural no qual se encontra inserido³⁵ e nem mesmo desmerecer a importância da cultura no estudo processual³⁶. A partir da indissociabilidade entre processo e cultura decorrem outras duas observações igualmente relevantes: *i.* sob a *perspectiva externa* ou *comparatística*, constata-se que a medida de diversificação da cultura de diferentes sociedades é a mesma aplicável ao

³² Conforme explica Oscar G. Chase, “Os processos de resolução de litígios são, em grande medida, um reflexo da cultura em que estão inseridos; não se trata de um sistema autônomo que seja, predominantemente, o produto de especialistas e *experts* isolados. Mais, eles são instituições através das quais a vida social e cultural é mantida, provocada e alterada, ou como a mesma ideia foi expressa, ‘constituída’ ou ‘construída’. Essas práticas institucionais influenciam importantemente uma sociedade e sua cultura — seus valores, pensamentos, hierarquia sociais e símbolos — tanto quanto essas práticas também refletem a sociedade à sua volta.” CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Trad. Sergio Cruz Arenhart, Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 21.

³³ Para José Flóscolo da Nóbrega, “[...] o direito é uma forma de cultura, a um só tempo processo e produto cultural: processo, porque é realização de valores e produto, porque é valor realizado, objetivado em dados naturais”. De acordo com as observações realizadas pelo autor: “Como processo cultural, o direito é uma atividade valorativa, orientada no sentido de realizar a ordem, a segurança e a paz nas relações sociais.”; “Como produto cultural, o direito é o resultado do processo valorativo, da atividade de realização de valores; é valor realizado e concretizado em forma de vida social.” NÓBREGA, José Flóscolo da. *Introdução ao Direito*. 5. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1969, p. 18 e p. 19, respectivamente.

³⁴ Segundo Daniel Mitidiero, “Tudo alinhado, conclui-se que o processo civil contemporâneo não pode ser encarado senão como um fenômeno cultural, de estatura constitucional e que mantém uma relação de interdependência com o direito material, vocacionado à busca pela justiça no caso concreto.” MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 147.

³⁵ Conforme Marcos Félix Jobim, “Não se pode pensar no direito ou no processo sem pensar no momento cultural, tanto geográfica quanto temporalmente, que determinada sociedade vivencia.” JOBIM, Marcos Félix. *As fases metodológicas do processo*. Revista jurídica: doutrina, legislação, jurisprudência, v. 61, n. 428, p. 71–103, jun., 2013. p. 102.

³⁶ Na perspectiva de Eduardo Kochenborger Scarparo, “[...] tem-se por impossível a produção e a significação do conhecimento desvinculadas de seus momentos históricos e culturais, pois reveladores de vertentes ideológicas. Os saberes e sentidos produzidos são diversos e dinâmicos, ao passo que os significados são componentes de específico momento. Assim, a aplicação de conhecimentos de processo não pode ser única e estática; deve respeitar os contornos das especificidades contextuais do social instantâneo, sendo visualizada em gama ideológica, histórica, política, econômica e, principalmente, cultural.” SCARPARO, Eduardo Kochenborger. *Contribuição ao estudo das relações entre processo civil e cultura*. Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência, v. 34, n. 107, p. 111–121, set., 2007, p. 120.

processo, de modo que quanto mais diversificada a cultura das sociedades mais distinto será o método de solução de conflitos por elas adotado³⁷, sendo improvável, portanto, o estabelecimento de uma cultura universal sobre o processo³⁸; *ii.* sob a *perspectiva interna* ou *doméstica*, infere-se que o padrão de diferenciação de uma cultura em particular exerce direta ressonância sobre as técnicas processuais que estruturam internamente o processo, de tal modo que quanto mais peculiaridades culturais contiver determinada sociedade mais característico será o método de solução de conflitos por ela adotado³⁹, sempre com observância àqueles princípios gerais e fundamentais do processo⁴⁰.

³⁷ Para Cândido Rangel Dinamarco, “Cada sistema processual, em sua individualidade, apresenta o *seu* equilíbrio e corre os *seus* riscos, moldados e calculados segundo os ditames de uma relatividade histórico-cultural que é em si mesma dinâmica e nunca se estabiliza em soluções definitivas e universais.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 229.

³⁸ Conforme esclarece Michele Taruffo, “Por um lado, não acredito que exista uma cultura universal, nem que exista uma cultura jurídica universal, nem — muito menos — que exista uma cultura processual universal. Mesmo não sendo um multiculturalista radical, observo, do ponto de vista da comparação jurídica, que existem muitas culturas que não são nacionais porque são, antes, supranacionais (ou regionais), mas certamente não são universais.” TARUFFO, Michele. *Cultura e processo*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 63, n. 1, p. 63–92, mar., 2009, p. 65 — tradução livre.

No original: “Da un lato, non credo che esista una cultura universale, né che esista una cultura giuridica universale, nè — tanto meno — che esista una cultura processuale universale. Pur senza essere un multiculturalista radicale, constato, nella prospettiva della comparazione giuridica, che esistono molte culture che non sono nazionali perché sono piuttosto sovranazionali (o regionali), ma non sono certamente universali.” Em outra passagem, Michele Taruffo pontua que, “Por outro lado, muitas diferenças nacionais e locais na administração da justiça estão tão profundamente enraizadas nas culturas jurídicas e nas tradições nacionais ou locais, que não é possível imaginar uma unificação completa unificação dos sistemas processuais, e muito menos dos ordenamentos jurídicos.” TARUFFO, Michele. *Dimensioni transculturali della giustizia civile*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 54, n. 4, p. 1047–1084, dic., 2000, p. 1082 — tradução livre.

No original: “D’altra parte, molte differenze nazionali e locali nell’amministrazione della giustizia sono così profondamente radicate nelle culture giuridiche e nelle tradizioni nazionali o locali, che non è possibile immaginare una completa unificazione dei sistemi processuali, e meno ancora degli ordinamenti giudiziari.”

³⁹ Galeno Lacerda, em primoroso e pioneiro estudo sobre o tema, assim identificou a relação existente entre a cultura e o processo: “Se no processo se fazem sentir a vontade e o pensamento do grupo, expressos em hábitos, costumes, símbolos, fórmulas ricas de sentido, métodos e normas de comportamento, então não se pode recusar a esta atividade vária e multiforme o caráter de fato cultural. Nela, na verdade, se reflete toda uma cultura, consideradas como o conjunto de vivências de ordem espiritual e material, que singularizam determinada época de uma sociedade. Costumes religiosos, princípios éticos, hábitos sociais e políticos, grau de evolução científica, expressão do indivíduo na comunidade, tudo isto, enfim, que define a cultura e a civilização de um povo, há de retratar-se no processo, em formas, ritos e juízos correspondentes. Éle, na verdade, espelha uma cultura, serve de índice de uma civilização.” LACERDA, Galeno. *Processo e cultura*. Revista de direito processual civil, v. 2, n. 3, p. 74–86, jan./jun., 1961, p. 75.

⁴⁰ Esses princípios basilares do processo se encontram, atualmente, consagrados na fórmula do *justo processo*, tratando-se do modelo teórico responsável pelo estudo e pela prática do processo na modernidade. Conquanto seja, de fato, improvável o estabelecimento de uma ordem principiológica universal e monolítica quanto ao processo, nada existe de contraditório em afirmar, por outro lado, a existência de princípios gerais ou de linhas mestras na compreensão do fenômeno processual. Além disso, é necessário reconhecer que esses princípios essenciais do processo civil encontrarão, igualmente, diferenciações e adaptações em cada uma daquelas culturas que irá atuar.

Conforme leciona Michele Taruffo, “[...] é possível reconhecer a possibilidade de atestar um certo grau de convergência de várias culturas nacionais e supranacionais na aceitação de alguns princípios gerais relativos ao processo civil.” TARUFFO, Michele. *Cultura e processo*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 63, n. 1, p. 63–92, mar., 2009, p. 66 — tradução livre.

Como visto, o processo é um fator cultural e, por isso, o seu desempenho social se orienta na consecução e na efetivação da carga axiológica, política e ideológica estabelecidas pela comunidade num processo de disputa social profundamente arraigado e historicamente reconhecido. Em outras palavras, a cultura — enquanto síntese do pensamento comunitário dominante — dita os rumos do processo, desde a definição de seus escopos à estruturação de suas técnicas⁴¹.

Justamente porque os valores culturais reinantes são essenciais para conformação do processo e de suas finalidades, avoluma-se a importância em estabelecer uma base mínima de direitos de natureza processual. Base essa que não pode ser retratada e nem mesmo retrocedida, independentemente da conjectura vigente em dado período histórico. A afirmativa não é contraditória com a premissa de que o processo deve se adaptar à cultura; ao contrário, é com

No original: “[...] si può riconoscere che può verificarsi un certo grado di convergenza di varie culture nazionali e sovranazionali nell’accettazione di alcuni principi generali relativi al processo civile.”

Noutra passagem, assim pontua o autor: “Um outro fator que favorece a construção de uma cultura processual comum pode ser definido como o universalismo dos princípios fundamentais da justiça civil. Se trata de um exemplo peculiar da ‘apaixonada *belief in fundamental rights*’ que — de acordo com Friedman — é um dos aspectos mais importantes da cultura jurídica moderna. Os juristas de muitos países e culturas diferentes estão cientes do significado universal de princípios como a independência da magistratura, a imparcialidade do juiz, a possibilidade efetiva de fazer valer os seus próprios direitos, a garantia de defesa e de um processo correto, e assim por diante. Os valores que estão na base desses princípios processuais já são um patrimônio comum das culturas jurídicas e políticas de todos os ordenamentos modernos, embora esses encontrem uma realização efetiva de maneiras muito diferentes. Esses valores e esses princípios são, portanto, a base para uma possível cultura geral da justiça civil.” TARUFFO, Michele. *Dimensioni transculturali della giustizia civile*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 54, n. 4, p. 1047–1084, dic., 2000, p. 1083-1084 — tradução livre.

No original: “Un altro fattore che favorisce la costruzione di una cultura processuale comune si può definire come l’universalismo dei principi fondamentali della giustizia civile. Si tratta di un esempio particolare del ‘passionate *belief in fundamental rights*’ che — secondo Friedman — è uno degli aspetti più importanti della cultura giuridica moderna. I giuristi di molti paesi e di diverse culture prendono coscienza del significato universale di principi come l’indipendenza della magistratura, l’imparzialità del giudice, la possibilità effettiva di far valere i propri diritti, la garanzia della difesa e di un processo corretto, e così via. I valori che stanno alla base di questi principi processuali sono ormai patrimonio comune delle culture giuridiche e politiche di tutti gli ordinamenti moderni, benché essi trovino realizzazione effettiva in modi molto diversi. Questi valori e questi principi sono dunque la base per una possibile cultura generale della giustizia civile.”

⁴¹ Ovídio Araújo Baptista da Silva, afirma que “A idéia de que as instituições processuais [...] sejam neutras e livres de qualquer compromisso com a História e com o contexto cultural que as produziu, é inteiramente falsa, mesmo tendo-se em vista a extrema formalização a que elas foram levadas pelo movimento responsável pela formação do ‘mundo jurídico’. Como disse um jurista contemporâneo, nem só o direito mas toda a investigação científica é uma função ideológica, decorrente do pensamento comunitário dominante: [...]” SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 201-202.

Da mesma forma, Daniel Mitidiero aponta que: “Certo, inequivocamente o direito processual civil contém uma estruturação técnica; essa constatação, no entanto, não elide o caráter cultural do próprio formalismo do processo, viés que acaba condicionando a eleição deste ou daquele caminho a seguir na organização do tecido processual. O direito processual civil não escapa à sorte do direito em geral: compete à autonomia do humano, sendo fruto dessa percepção de mundo.” MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 25.

ela convivente⁴². Isto porque o núcleo intangível do processo encontra o fundamento de sua existência em duas premissas indissociáveis: *i.* o caráter *histórico* — e, portanto, cultural — das conquistas de direitos processuais, suficientemente capaz de sedimentar o consenso mínimo sobre o processo, impede que circunstâncias esporádicas e momentâneas sejam capazes de romper com a historicidade do direito⁴³; *ii.* o caráter *natural* ou *fundamental* — e, portanto, não exclusivamente racional e nem mesmo tecnicista — das conquistas processuais encarta o processo na ordem dos direitos humanos e, conseqüentemente, obsta que circunstâncias interinas e descontextualizadas desvirtuem a essência natural e humana que lhe é inerente⁴⁴.

Exatamente nesse sentido é que, na atualidade, sedimentou-se a compreensão de que o fenômeno processual deve ser orientado pelo modelo de *justo processo*, o qual consagra: *i.* a base normativa mínima e irreduzível das garantias processuais; *ii.* os valores e a ética vitoriosos

⁴² A observação de José Carlos Barbosa Moreira é pertinente: “Antes de mais nada, cumpre esclarecer um aspecto importante das relações entre regime político e ordenamento processual. Afigura-se óbvio que a disciplina legal do processo (e não só do processo) sofre a influência das características do regime político sob o qual é editada. Mas, à luz da experiência histórica, também deveria ser óbvio que constitui exagero de simplificação conceber essa relação à guisa de vínculo rígido, automático e inflexível, para considerar que, se determinada lei (processual ou qualquer outra) surgiu sob governo autoritário, essa contingência cronológica fatalmente lhe imprime o mesmo caráter e a torna incompatível com o respeito às garantias democráticas. A realidade é sempre algo mais complexa do que a imagem que dela propõem interpretações assim lineares, para não dizer simplórias.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. In: ————. *Temas de direito processual civil*: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 88-89.

⁴³ José Flóscolo da Nóbrega, em proveitoso arranjo argumentativo, destaca o caráter de *historicidade do direito*. A partir dessa característica do direito, infere-se que modificações circunstanciais, provisórias e desprovidas de raízes histórico-culturais arraigadas, são incapazes de alterar o processo, que ainda continuará infenso aos devaneios tirânicos. Conforme elucida o autor: “[...] em tórno de cada necessidade básica acumulam-se séries de necessidades derivadas, que se sucedem sem parar. E sendo a cultura o meio de resolvê-las, reflete êsse estado de perpetuo mobile, de perene devenir, que é a imagem mesma da vida humana. Tôda alteração do condicionalmente da cultura reage sôbre o conjunto e impõe readaptações correspondentes; e nenhum setor da cultura funciona estanque, todos dependem de todos, cada um reage sôbre os outros e é por êles influenciado. O direito como setor de cultura segue a sorte desta, reflete as suas variações; e nisso está a sua historicidade.” NÓBREGA, José Flóscolo da. Introdução ao Direito. 5. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1969, p. 20.

⁴⁴ Trabalhando o direito ao processo sob a perspectiva da dignidade da pessoa humana, Gilmar Ferreira Mendes afirma ser necessário respeitar aqueles direitos de natureza processual, a fim de resguardar a ordem constitucional: “É inegável, portanto, para a ordem constitucional como um todo, o respeito aos direitos fundamentais e, especialmente, aos direitos fundamentais de caráter processual, pois a boa aplicação dos direitos fundamentais de caráter processual e, conseqüentemente, a proteção judicial efetiva, assegurará o fortalecimento do Estado Democrático de Direito.” MENDES, Gilmar Ferreira. A proteção da dignidade da pessoa humana no contexto do processo judicial. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 141.

De acordo com Luigi Paolo Comoglio, “É lícito e necessário, entretanto, reconhecer como, em todo a sua complexidade, o ordenamento processual e o sistema de jurisdições se colocam em linha com os princípios fundamentais, próprios do consolidado *human rights system* internacional, ‘reconhecendo’ e ‘garantindo’ em particular, aquele ‘direito inviolável do homem’, também o direito à justiça e à tutela jurisdicional, como pedra angular de um processo ‘justo’.” COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 26 — tradução livre.

No original: “È lecito e doveroso, peraltro, riconoscere come, nel suo complesso, l’ordinamento processuale e ed il sistema delle giurisdizioni si pongano in linea con i principi fondamentali, propri del consolidato *human rights system* internazionale, ‘riconoscendo’ e ‘garantendo’ in particolare, quale ‘diritto inviolabile dell’uomo’, anche il diritto alla giustizia ed alla tutela giurisdizionale, come cardine portante di un processo ‘giusto’.”

na compreensão e na conformação do fenômeno processual, especialmente a par da difusão do processo enquanto direito humano. A partir dessas duas características, que se conjugam dentro do modelo do *justo processo*, já se pode assinalar, desde logo, que a *finalidade do processo*, visualizada a partir das lentes da cultura brasileira⁴⁵, centra-se na obtenção de decisões judiciais substancialmente justas, as quais somente poderão ser obtidas por meio de uma adequada estruturação procedimental, igualmente comprometida com a promoção da justiça processual⁴⁶.

3.1 Ainda sobre cultura e processo: tradição jurídica, legitimidade contextual e precedente judicial

A partir das premissas anteriormente traçadas, pode-se avançar um pouco na compreensão do tema e aprofundar o estudo sobre a interface existente entre a cultura e o direito, de modo a correlacionar, numa perspectiva um pouco mais ampliada, a cultura, o ordenamento jurídico e os institutos nele compreendidos. Essa imagem, visualizada de modo

⁴⁵ Roque de Barros Laraia, ao parafrasear interessante passagem contida no livro “O crisântemo e a espada”, de autoria de Ruth Benedict, pontua que “[...] a cultura é como uma lente através da qual o homem vê o mundo. Homens de culturas diferentes usam lentes diversas e, portanto, têm visões desencontradas das coisas.” LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 11. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997, p. 69.

⁴⁶ Michele Taruffo observa que “Permanecia evidente que o processo civil era essencialmente destinado a fornecer a resolução de controvérsias individuais entre particulares, mas passou-se a acreditar que o conteúdo e a qualidade da decisão não eram mais indiferentes, e era necessário resolver as controvérsias com decisões justas e legítimas.” TARUFFO, Michele. *Cultura e processo*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 63, n. 1, p. 63–92, mar., 2009, p. 73 — tradução livre.

No original: “Rimaneva evidente che il processo civile era essenzialmente finalizzato a fornire la risoluzione delle controversie individuali tra privati, ma si cominciò a ritenere che il contenuto e la qualità della decisione non fossero più indifferenti, e fosse necessario risolvere le controversie con decisioni giuste e legittime.”

De igual forma, Angelo Dondi e Vincenzo Ansanelli, apontam que: “Isso pelo menos no sentido da difundida e já quase pacífica percepção do processo civil como instrumento para perseguir objetivos de justiça substancial, na aceção da capacidade de alcançar ou pelo menos aproximar-se de resultados correspondentes a ‘decisões justas’; ou seja, fundamentadas sobre a correta aplicação da lei e na veraz inspeção dos fatos que são objeto da controvérsia. Tudo isso em coerência alargada com a especificidade e recíproca diversidade do ‘contexto político e cultural, bem como econômico e até ético’.” ANSANELLI, Vincenzo; DONDI, Angelo. *Qualche (ulteriore) rilievo su cultura del processo, comparazione e riforme*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 63, n. 4, p. 1437–1446, dic., 2009, p. 1438 — tradução livre.

No original: “Ciò quantomeno nel senso della diffusa e ormai pressoché pacifica percezione del processo civile come strumento per perseguire obiettivi di giustizia sostanziale, nell’accezione della capacità di pervenire o almeno tendere a risultati corrispondenti a ‘decisioni giuste’; fondate cioè sulla corretta applicazione della legge e sui accertamenti veritieri dei fatti oggetto della controversia. Il tutto in coerenza allargata con la specificità e reciproca diversità del ‘contesto politico e culturale oltre che economico e perfino etico’.”

Oscar G. Chase, ao explorar, sob a perspectiva psicológica, a conexão existente entre a cultura e os meios de solução de conflitos, afirma que: “O que parece constante nas culturas é a importância da justiça dos procedimentos para o povo, ainda que não haja unanimidade quanto aos aspectos procedimentais que contribuiriam para este resultado. De fato, uma das mais importantes e fortes descobertas de investigação psicológica das preferências processuais é a de que as pessoas valorizam a justiça independentemente do resultado de um processo judicial em particular. A satisfação com o processo é incrementada se ele é visto como justo, independentemente da vitória ou da perda individual.” CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Trad. Sergio Cruz Arenhart, Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 106.

expandido, permite identificar a tradição jurídica que determinado ordenamento se encontra inserido ou da qual faz parte.

Sob esse prisma, afirma-se que a tradição jurídica consiste em um conjunto de práticas e de atitudes dos operadores do direito, de forma reiterada, permanente e histórica em uma dada sociedade, a respeito da organização e da operação adequada do sistema jurídico, da natureza do direito e das interfaces que são estabelecidas com a sociedade civil e com a política, bem como a respeito da forma como o direito se desenvolve⁴⁷. A tradição jurídica é, assim, capaz de correlacionar o sistema jurídico — conjunto de regras acerca dos institutos jurídicos de um dado ordenamento — com a cultura — conjunto de conhecimentos adquiridos e transmitidos socialmente, que caracterizam um grupo social.

Constata-se, portanto, que a tradição jurídica é *correlacional*, passando a representar o amálgama entre os aspectos *essenciais* da cultura e as características *fundamentais* do direito, considerados em perspectiva supranacional⁴⁸. A diversidade das culturas e dos direitos das sociedades politicamente organizadas conquanto represente, por um lado, fator de individualização de um povo e de seu sistema jurídico, não acarreta, por outro lado, o

⁴⁷ Assim se expressam John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo: “Uma tradição jurídica, como o termo implica, não é um conjunto de regras de direito sobre contratos, corporações e crimes, embora tais regras quase sempre sejam, em algum sentido, um reflexo dessa tradição. Pelo contrário, é um conjunto de atitudes profundamente arraigadas e historicamente condicionadas sobre a natureza do direito, sobre o papel do direito na sociedade e na política, sobre a organização e operação apropriadas de um sistema jurídico e sobre a maneira como o direito é ou deveria ser feito, aplicado, estudado, aperfeiçoado e ensinado. A tradição jurídica relaciona o sistema jurídico com a cultura, da qual é uma expressão parcial. Isto coloca o sistema jurídico dentro da perspectiva cultural.” MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. 4. ed. Standfor: Standorf University Press, 2019, p. 02 — tradução livre.

No original: “A legal tradition, as the term implies, is not a set of rules of law about contracts, corporations, and crimes, although such rules will almost always be in some sense a reflection of that tradition. Rather, it is a set of deeply rooted, historically conditioned attitudes about the nature of law, about the role of law in the society and the polity, about the proper organization and operation of a legal system, and about the way law is or should be made, applied, studied, perfected, and taught. The legal tradition relates the legal system to the culture of which it is a partial expression. It puts the legal system into cultural perspective.”.

⁴⁸ René David, afirma que “As regras podem ser infinitamente variadas; as técnicas que servem para as enunciar, a maneira de as classificar, os modos de raciocínio usados para as interpretar, resumem-se, pelo contrário, a certos tipos, que são em número limitado. É possível, por isto, agrupar os diferentes direitos em ‘famílias’, da mesma maneira que nas outras ciências, deixando de parte as diferenças secundárias, se reconhece a existência de famílias em matéria de religião (cristianismo, islamismo, hinduísmo etc.), de linguística (línguas romanas, eslavas, semitas, nilóticas etc.) ou de ciências naturais (mamíferos, répteis, pássaros, batráquios etc.). O agrupamento dos direitos em famílias é o meio próprio para facilitar, reduzindo-os a um número restrito de tipos, a apresentação e a compreensão dos diferentes direitos do mundo contemporâneo.” DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 21-22.

impedimento para que particularidades comuns dessas sociedades sejam identificadas e agrupadas em grandes tradições⁴⁹.

Nesse sentido, difundiu-se, no estudo do direito comparado, a existência de duas grandes tradições jurídicas, uma de matriz romano-canônica, identificada pela tradição de *civil law*, e outra de origem anglo-saxã, distinguida pela tradição de *common law*. Não obstante o consenso doutrinário quanto à demarcação operada por ambas as tradições jurídicas, mostra-se inadequada uma classificação estritamente rigorosa dos sistemas, na medida em que, na atualidade, tem-se reconhecido certa tendência à uniformização jurídico-cultural⁵⁰, bem como a existência de recíproca influência entre os sistemas⁵¹.

⁴⁹ John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo, sob esse aspecto, elucidam que “Tais diferenças nos sistemas jurídicos são reflexos do fato de que, durante vários séculos, o mundo esteve dividido em estados individuais, sob condições intelectuais que enfatizaram a importância da soberania estatal e incentivaram uma ênfase nacionalista nas características e tradições nacionais. Nesse sentido, não existe qualquer coisa do tipo como o sistema de *civil law* ou o sistema de *common law*. Em vez disso, existem muitos sistemas jurídicos diferentes dentro de cada um desses dois grupos ou famílias de sistemas jurídicos. Mas o fato de que diferentes sistemas jurídicos estejam agrupados sob uma rubrica como ‘*civil law*’, por exemplo, indica que eles têm algo em comum, algo que os distingue dos sistemas jurídicos classificados como ‘*common law*’. É esse algo compartilhado, que aqui é mencionado como uma tradição jurídica, que torna possível falar dos sistemas jurídicos da França e da Alemanha (e muitos outros) como sistemas de *civil law*.” MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. 4. ed. Stanford: Stanford University Press, 2019, p. 02 — tradução livre.

No original: “Such differences in legal systems are reflections of the fact for several centuries the world has been divided into individual states, under intellectual conditions that have emphasized the importance of state sovereignty and encouraged a nationalistic emphasis on national characteristics and traditions. In this sense, there is no such thing as *the civil law system* or *the common law system*. Rather, many different legal systems exist within each of these two groups or families of legal systems. But the fact that different legal systems are grouped together under such a rubric as ‘*civil law*’, for example, indicates that they have something in common, something that distinguishes them from legal systems classified as ‘*common law*.’ It is this uniquely shared something that is here spoken of as a legal tradition and that makes it possible to speak of the French and German (and many other) legal systems as *civil law systems*.”

⁵⁰ Michele Taruffo, ao trabalhar a influência exercida pela globalização sobre o processo civil, pontua que um de seus fenômenos está circunscrito à “[...] à uniformidade cultural que começa a manifestar-se também no âmbito da cultura jurídica, além do que em muitíssimas áreas da cultura geral (literária, artística, cinematográfica, musical, etc.). Também na cultura jurídica a superação das fronteiras nacionais (e nacionalísticas) é um fenômeno atualmente inevitável, além do que oportuna, e está estritamente conectada à difusão e circulação dos temas de ordem geral como as garantias constitucionais, os direitos humanos, o processo justo, a efetividade da tutela e assim por diante. Se a cultura jurídica, e o mesmo vale para o setor específico da cultura processual, não quer perder definitivamente o contato com a realidade da qual pretende se ocupar, e se não quer permanecer envolta no espiral do solipsismo autorreferencial, deve buscar o modo de participar da circulação ilimitada das ideias que atualmente é *in re ipsa* na dimensão globalizada do mundo. TARUFFO, Michele. Aspectos fundamentais do processo civil de *civil law* e de *common law*. In: ————. *Processo civil comparado: ensaios*. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 30.

⁵¹ De acordo com John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo, “A *civil law* e a *common law* não têm sido isoladas uma da outra. Como componentes de uma história e cultura ocidentais comuns, elas têm múltiplos contatos e influências recíprocas.” MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. 4. ed. Stanford: Stanford University Press, 2019, p. 04-05 — tradução livre.

No original: “The *civil law* and *common law* have not been isolated from each other. As components of a common Western history and culture they have multiple contacts and reciprocal influences.”

A partir da relação mutuamente implicada entre o particular, o abrangente e o variável, que passam a interagir na interface da cultura com o direito, pode-se ressaltar, respectivamente, que: *i.* as sociedades continuarão a desenvolver o direito de acordo com a sua cultura e respectivas idiossincrasias, de tal modo que o caráter generalizante da tradição jurídica não elimina as singularidades dessas comunidades — *particularidade*; *ii.* a tradição jurídica privilegia, tão somente, as linhas mestras da cultura e do direito, as quais são sistematizadas numa mesma categorização, de tal forma que alterações pontuais no regramento jurídico não são suficientes para deslocar um sistema de uma tradição jurídica para outra — *abrangência*; *iii.* nem as particularidades do ordenamento jurídico, nem mesmo a generalidade da tradição jurídica, têm o intuito de impedir a comunicação entre os sistemas e ou de afastar o contato entre as culturas, sendo comum a circulação e a importação de institutos jurídicos de realidades jurídico-culturais diferentes — *variabilidade*.

Acentue-se, no particular, que a introdução, pelo legislador, de institutos jurídicos em culturas diferentes daquela para a qual foram originariamente concebidos não pode ocorrer sem que sejam feitas as modificações necessárias para sua perfeita adaptação e funcionamento, do que decorre a necessidade de se conjugar tradição e inovação⁵². Logo, todo e qualquer instituto jurídico — seja ele nativo, seja ele alienígena —, deve ser compreendido, interpretado e aplicado a partir e em função da tradição jurídica na qual se encontra inserido, extraindo daí sua legitimidade cultural e jurídica⁵³. A partir dessa assertiva, constata-se que os institutos jurídicos: *i.* devem manter grau de intensa intimidade com a *cultura* na qual se radicam, a fim de efetivar os valores que orientam as práticas sociais da sociedade para a qual foi projetado ou para a qual foi transposto; *ii.* devem ressonar com o *ordenamento jurídico*, compreendido em perspectiva

⁵² Confore explica José Ovalle Favela, “Todavia, todas essas mudanças e tendências devem partir da premissa de que o direito se transforma realmente apenas através do reconhecimento dos valores, comportamentos e princípios de cada uma das tradições e culturas jurídicas nas quais se inspira. A verdadeira mudança somente se obtém quando se consegue conjugar tradição e inovação.” FAVELA, José Ovalle. *Tradizioni giuridiche e processo civile: sentenza, precedente e giusrisprudenza*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 59, n. 3, p. 867–888, sett., 2005, p. 887-888 — tradução livre.

No original: “Tuttavia, tutti questi cambiamenti e tendenze devono partire dalla premessa che il diritto si trasforma realmente solo attraverso il riconoscimento di valori, atteggiamenti e principi di ognuna delle tradizioni e culture giuridiche da cui trae ispirazione. Il vero cambiamento si ottiene solo quando si riescono a coniugare tradizione e innovazione.”

⁵³ Para Gustavo Osna, “A mentalidade inerente a cada um dos casos demonstra que *cultura* e *processo* se colocam em constante sincronia. Com isso, constatamos que a importação acrítica de qualquer ferramenta de direito comparado deve ser vista com cautela: o processo civil não consegue se *objetivar* do seu contexto, estando sujeito a esse *habitus*; tem como *partida* determinado ambiente cultural, e também passa a *integrá-lo*.” OSNA, Gustavo. *Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade: Análise Crítica da Teoria Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 43.

sistemática, prestando estrita obediência aos preceitos de ordem constitucional, hierarquicamente superior.

Vê-se, portanto, que não se está a impedir o estudo comparatístico ou mesmo a adoção de técnicas produzidas em outros países para solucionar problemas comuns que também afetam a realidade brasileira⁵⁴. O que se está a afirmar é que a importação de institutos jurídicos não pode ser realizada de forma acrítica, sendo certo que o seu desenvolvimento deverá ser realizado em prol do adequado funcionamento do sistema de justiça brasileiro e de acordo com as peculiares características desse sistema de justiça⁵⁵. De outro modo, o instituto jurídico — qualquer que seja — encontrará problemas em sua aplicação, sendo incapaz de propiciar os resultados que se espera de um processo voltado à justa resolução dos conflitos sociais.

Por fim, há que se ressaltar que *todas* as observações até então empreendidas se aplicam, integralmente, ao sistema normativo de precedentes judiciais. O precedente judicial deve ser estudado, aprimorado e aplicado em função da tradição e da cultura jurídicas brasileiras. Isso porque, na medida em que a cultura e o processo estabelecem entre si uma relação reflexiva, o precedente judicial, nos exatos moldes em que positivado no Código de Processo Civil em vigor — compreendido, portanto, sob perspectiva estritamente processual —, deve, num primeiro momento, adaptar-se à cultura jurídica brasileira e, num momento posterior, influir sobre essa mesma cultura, em ordem de tal funcionalidade que: *i.* caso se distancie da cultura jurídica nacional, o precedente judicial, e todo o sistema normativo-processual ao seu envolvimento, correrá o risco de se tornar instituto alienígena, pouco útil à resolução dos problemas e das necessidades da sociedade brasileira e repugnante aos valores prevalentes no ordenamento jurídico pátrio; *ii.* se, ao contrário, tornar-se íntimo desta cultura jurídica, poderá render bons resultados e, além disso, poderá ser fator de efetivação dos ideais constitucionais quanto à construção de uma

⁵⁴ Segundo Eduardo Kochenborger Scarparo, “De maneira alguma pretendemos renegar os benefícios capazes de um aprofundado estudo em Direito Comparado. Muitos são os exemplos de boas contribuições do direito estrangeiro ao ordenamento nacional. Não se deve olvidar que o ser humano tem linhas comportamentais próprias, fazendo com que interaja de modo semelhante em algumas situações de dificuldade. Essa aproximação permite desbravar o próprio conceito de humanidade, importantíssimo para a compreensão e o respeito aos pensamentos culturalmente antagônicos. O que se espera, todavia, é que os modelos estrangeiros sejam analisados sob a ótica de uma realidade local, para haver uma adequação eficaz às necessidades brasileiras.” SCARPARO, Eduardo Kochenborger. *Contribuição ao estudo das relações entre processo civil e cultura*. Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência, v. 34, n. 107, p. 111–121, set., 2007, p. 114.

⁵⁵ Para Daniel Mitidiero, “[...] o nosso processo civil tem identidade própria e características que lhe são peculiares, não podendo furtar-se o intelectual brasileiro de levar em consideração as nossas raízes quando da análise de nossas instituições. Oxalá que não percamos o rico sentido histórico do processo civil brasileiro.” MITIDIERO, Daniel. *Processo e cultura: Praxismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual Civil*. Gênese: revista de direito processual civil, v. 9, n. 33, p. 484–510, jul./set., 2004, p. 498.

sociedade livre, justa e solidária e a promoção do bem de todos, sem quaisquer tipos de preconceitos e formas de discriminação.

O caminho a ser seguido, na encruzilhada jurídico-cultural que se encontra o precedente judicial, será decidido pelas práticas da comunidade jurídica *brasileira*. A presente pesquisa foi feita para contribuir com a institucionalização dessas práticas, no intuito exclusivo de se alcançarem bons resultados para o processo civil e para o sistema de justiça brasileiros.

3.2 O estudo do precedente judicial a partir da cultura jurídica brasileira: observações preliminares

A partir dessas considerações, revela-se importante identificar, sem descuidar das balizas metodológicas da presente pesquisa, quais são os fatores da cultura jurídica brasileira suficientemente capazes de autorizar, em virtude de sua autonomia e de sua proximidade ao objeto de estudo, a implantação de um sistema de precedentes judiciais com eficácia vinculante no ordenamento jurídico pátrio.

A fim de cumprir esse desiderato, podem ser pinçados três aspectos essenciais da cultura jurídica brasileira que autorizam a compreensão, que justificam a criação, condicionam a interpretação e instrumentalizam a aplicação de um sistema normativo de precedentes judiciais no sistema jurídico pátrio. São eles: *i.* o modelo do justo processo, que institui o método adequado de se compreender e de se aplicar o processo jurisdicional; *ii.* a crise da certeza do direito, que acaba por violar o direito à segurança jurídica; *iii.* a crise do sistema de justiça, que acaba por violar o direito à efetividade processual.

Conquanto a identificação desses fatores possa, nesse limiar das considerações, parecer arbitrária e despropositada, a exploração desempenhada nos capítulos seguintes objetiva demonstrar: *i.* a medida de participação dos fatores jurídico-culturais na tradição jurídica brasileira; *ii.* a descrição do referido fenômeno, apontando as suas principais nuances; *iii.* a relevância e a influência exercidas por esses fatores jurídico-culturais no estudo do sistema de precedentes judiciais.

4 JUSTO PROCESSO

O justo processo representa o conjunto de conhecimentos, inseridos na ciência do direito, organizados com o fim de explicar, de desenvolver, de interpretar e de unificar o fenômeno do processo. O modelo teórico do justo processo se apresenta, portanto, como ponto cardeal para a reflexão e para o aprimoramento da ciência processual, sempre com vistas à resolução adequada das demandas apresentadas pela sociedade e à proteção dos direitos⁵⁶.

Diante da abrangência e de sua importância, cumpre assinalar, desde logo, que o justo processo finca as suas raízes na cultura jurídica brasileira, cravando seu código genético na identidade constitucional e processual. Mesmo que o ideário do justo processo encontre sua referência histórica em consagrada doutrina italiana, bem como na própria reforma constitucional operada no artigo 111 da Constituição Italiana⁵⁷, pode-se afirmar que o ordenamento constitucional e o próprio direito processual brasileiros elevaram o justo processo ao grau de entidade vívida em sua realidade jurídico-cultural, incorporando-o como um valor essencial à organização da sociedade brasileira⁵⁸.

Tal assertiva sustenta-se na constatação de que a Constituição Federal elencou a justiça como valor supremo e como objetivo fundamental da sociedade republicana brasileira. A justiça, em dimensão axiológica, passa, então, a condicionar, em grau de altíssima vinculação, a compreensão e a estruturação do processo — seja o próprio modelo constitucional de

⁵⁶ Para Daniel Mitidiero, “A Constituição — o direito ao processo justo nela previsto — é o *centro* a partir do qual a legislação infraconstitucional deve se estruturar. O direito ao processo justo exerce papel de *centralidade* na compreensão da organização infraconstitucional do processo. É nele que se deve buscar a *unidade* na conformação do processo no Estado Constitucional. Dada a *complexidade* da sua ordem jurídica, marcada pela pluralidade de fontes normativas, impõe-se não só uma leitura a partir da Constituição da legislação infraconstitucional, mas também de um *diálogo das fontes* para *melhor interpretação* da legislação processual e para *otimização* de soluções conforme ao direito fundamental ao processo justo.” MITIDIERO, Daniel Francisco. *Direito Fundamental ao Processo Justo*. Revista Magister de direito civil e processual civil, v. 8, n. 45, p. 22–34, nov./dez., 2011, p. 31.

⁵⁷ Oportuno esclarecer que a Lei Constitucional de 23 de novembro de 1999 foi editada justamente para inserir os princípios do justo processo no artigo 111 da Constituição da República Italiana, que passou a prever, dentre outras significantes alterações, que “La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge”. ITÁLIA. Costituzione della Repubblica Italiana. Roma: Senato, 2012 [1947]. Disponível em: <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

⁵⁸ De acordo com Luis Alberto Reichelt, “[...] a introdução e a definição do significado do direito ao processo justo na realidade processual civil brasileira resultam da fusão, ao longo do tempo, de elementos e influências oriundas de diversas tradições, as quais se sedimentaram e se agruparam dialeticamente, ensejando o surgimento de uma síntese projetada sob o céu da cultura dos direitos fundamentais. [...] Tudo isso evidencia, por fim, que é possível afirmar que o direito ao processo justo é, em si, um direito dotado de fundamentalidade material, sendo digna de reconhecimento a sua importância como resultado de uma construção histórico-cultural no contexto da realidade jurídica brasileira.” REICHELT, Luis Alberto. *Sobre a fundamentalidade material do direito ao processo justo em perspectiva cível na realidade brasileira: reflexões sobre uma dinâmica de consolidação histórico-cultural*. Revista de Processo online, v. 43, n. 282, p. 67–89, ago., 2018, p. 09.

processo, seja a estruturação técnica ditada pela legislação ordinária —, motivo pelo qual a garantia constitucional do devido processo legal não pode ser outra que não a do justo processo^{59–60}. No mesmo sentido, o Código de Processo Civil, completamente influenciado pela carga axiológica proveniente do compromisso constitucional com a justiça, também prevê, de forma indubitável, que o objetivo do processo é a obtenção, mediante cooperação de todos os sujeitos processuais, de decisões de mérito justas e efetivas^{61–62}.

⁵⁹ Confira os seguintes dispositivos constitucionais, os quais permitem a formulação dessa afirmativa:

“Preâmbulo: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;”

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2019 [1988]. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/norma/579494/publicacao/16434817>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

⁶⁰ Humberto Theodoro Júnior afirma, nesse sentido, que “[...] concebe-se, assim, o processo moderno acima de tudo como remédio de *justiça*, entendida esta como a efetivação social desenvolvida na mais ampla observância dos princípios e garantias ditados pela Constituição. É por isso que hoje, em lugar de uma garantia do devido processo legal, se prefere afirmar que o Estado Democrático de Direito garante o *processo justo*.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Constitucional. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Tratado de direito constitucional*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 721.

No mesmo rumo, Daniel Mitidiero, afirma que, “De forma absolutamente inovadora na ordem interna, nossa Constituição assevera que ‘ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’ (art. 5º, inciso LIV). Com isso, institui o *direito fundamental ao processo justo* no direito brasileiro.” MITIDIERO, Daniel Francisco. *Direito Fundamental ao Processo Justo*. Revista Magister de direito civil e processual civil, v. 8, n. 45, p. 22–34, nov./dez., 2011, p. 22.

⁶¹ O Código de Processo Civil assim dispõe: Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

⁶² A seguinte passagem de Humberto Theodoro Júnior é esclarecedora quanto à temática e, por isso, merece integral reprodução: “O *processo justo*, porém, impõe-se entre nós como uma decorrência natural e obrigatória dos valores agasalhados nos princípios fundamentais que dão estrutura à nossa ordem constitucional. Vale a pena recordar que, já no preâmbulo da Constituição brasileira atual, ficou declarado que a justiça, como outros valores igualmente relevantes e supremos (como liberdade, bem-estar, igualdade e segurança), integraria as metas a serem atingidas pelo Estado Democrático de Direito. E o seu art. 3º reafirmou que, entre os ‘objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil’, aparece em primeiro lugar o de ‘construir uma sociedade livre, justa e solidária’. Dúvida não há, de tal sorte, que nossa Constituição assenta o Estado Democrático de Direito brasileiro sobre o valor supremo e fundamental da justiça. Desse modo a concepção da garantia de devido processo legal, expressa em seu art. 5º, LIV, não pode ter outro sentido senão o de um *processo justo*.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Compromisso do Projeto de Novo Código de Processo Civil com o Processo Justo*. Revista Síntese de direito civil e processual civil: Porto Alegre, v. 12, n. 75, p. 9–43, jan./fev., 2012, p. 17-18.

Em outra oportunidade, Humberto Theodoro Júnior também aponta que “Uma visão geral do novo Código de Processo Civil brasileiro autoriza o reconhecimento, aliás generalizado na doutrina, de que se trata de estatuto legal sistematizado ideologicamente a partir de princípios ou normas fundamentais, dos quais se verifica o compromisso íntimo com as garantias constitucionais do processo justo e efetivo.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Visão principiológica e sistemática do Código de Processo Civil de 2015*. Revista de processo online, v. 285, p. 65-88, nov. 2018.

Oportuno registrar que a justiça, compreendida em estrito âmbito processual, significa a prestação da tutela jurisdicional pelo Estado da forma mais adequada e específica possível ao direito material discutido no caso, mediante um procedimento idôneo, por meio do qual seja respeitada a dignidade da pessoa humana, o que pressupõe igual respeito às garantias processuais mínimas, porque inerentes à condição do humano⁶³. Nesses termos, o conceito de justiça, conquanto remeta a interessantes e frutíferas discussões filosóficas, quando depurado pela perspectiva processualística, acaba permitindo a sua precisão no sentido de vincular a tutela dos direitos à prestação de proteção jurisdicional adequada e especializada⁶⁴. No processo, é esse o efeito produzido pelo valor do justo: a busca da especializada tutela dos direitos.

Justamente por isso, há de se destacar que o justo processo representa relevante fator da cultura jurídica brasileira, tendo sido expressamente consagrado nos documentos políticos e legislativos nacionais⁶⁵. Em decorrência de tal proeminência na cultura jurídica brasileira, o justo processo também assume o caráter preceptivo e conformador de todo o direito processual civil, inclusive do sistema normativo de precedentes judiciais, do qual é integrante.

⁶³ Sob este prisma, Humberto Theodoro Júnior, em clássica lição, afirma que a finalidade do processo é, justamente, dar razão a quem efetivamente a tem, de modo que se pode afirmar que “o processo civil é preordenado a assegurar a observância da lei, atuando como método para aplicação do direito e realização da paz, que seja justa e certa.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lições de Direito Processual Civil*. Uberaba: Rio Grande, 1975, p. 3.

⁶⁴ Em interessante abordagem, Marcelo Veiga Franco, assinala que: “A nosso ver, as eventuais críticas quanto à indeterminação semântica da expressão *processo justo* não merecem prosperar em face do objetivo maior de tutela e concretização das garantias constitucionais. A questão, na verdade, não é simplesmente terminológica. A opção pela expressão *processo justo* se justifica para deixar clara a possibilidade de atribuir ao processo os fundamentais e importantes valores que carregam o adjetivo *justo* (ou *équico*, *équitable*, *fair*, *fair*). Assim, ainda que se questione o que é ou não a *justeza processual*, não se pode perder de vista que a *justiça*, no Estado Democrático de Direito, está intimamente relacionada a princípios fundantes como a *democracia*, *cidadania*, *soberania popular*, *dignidade da pessoa humana* e *direitos e garantias fundamentais*. É por esse motivo que realizar a justiça no processo equivale à busca do *projeto constitucional* de uma sociedade. FRANCO, Marcelo Veiga. *Processo justo: entre efetividade e legitimidade da jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 41-42.

⁶⁵ Luigi Paolo Comoglio, analisando a tradição latino-americana, afirma que: “[...] é possível colocar harmoniosamente os pressupostos e as peculiaridades do modelo constitucional brasileiro de processo equo e justo. Desenvolvendo com coerência algumas opções ideológicas básicas, todavia bem ressaltadas no Preâmbulo, a Constituição Federal de 1988 — também caracterizada pelo requisito da rigidez — configura um sistema de garantias processuais que, pelo seu caráter analítico e pela precisão das suas expressões primárias, pode-se dizer bem avançado e, em alguns pontos, mesmo à vanguarda no panorama das Constituições modernas. Os valores de referência são, claramente, aqueles do *due process of law* anglo-americano, do *human rights system* e do modelo internacional de justiça, inspirados neles.” COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 209-210 — tradução livre. No original: “In tale omogeneo quadro, è possibile collocare armonicamente i presupposti e le peculiarità del modello costituzionale brasiliano di processo equo e giusto. Sviluppando con coerenza alcune basilari opzioni ideologiche, peraltro ben evidenziate nel Preambolo, la Costituzione federale del 1988 — pure caratterizzata dal requisito della rigidità — configura un sistema di garanzie processuali, che, per l’analicità e per la precisione delle sue espressioni primarie, può ben dirsi progredito ed, in certi punti, addirittura all’avanguardia, nel panorama delle Costituzioni moderne. I valori di riferimento sono, palesemente, quelli del *due process of law* angloamericano, del *human rights system* e del modello internazionale di giustizia, ad essi ispirato.”

Isso porque, a partir do modelo de justo processo, é que se torna possível a reflexão, o desenvolvimento e o aperfeiçoamento dos conceitos essenciais que compõem a ciência processual — jurisdição, ação, defesa e processo. De igual forma, a partir desse arcabouço teórico é que são aprimorados, conformados e fundados institutos processuais genuínos, próprios à cultura jurídica brasileira. Implica reconhecer, portanto, que qualquer estudo de natureza processual, tenha ele caráter pragmático ou filosófico, deve ser submetido ao filtro depurador do justo processo, não se podendo pensar o desenvolvimento dos institutos processuais apartado desse marco teórico. O precedente judicial, enquanto instituto desenvolvimento em sede de codificação processual, não foge à regra.

4.1 Os movimentos de internacionalização e de constitucionalização do processo

A partir da segunda metade do século XX, com o término da Segunda Grande Guerra, tornou-se imperiosa a instituição de uma ordem comum sobre os direitos e as liberdades do homem, razão pela qual os Estados soberanos passaram a reconhecer que a “dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”⁶⁶. A relação existente entre a dignidade humana e os direitos inalienáveis do homem, por conseguinte, é de extrema proximidade, já que a aquisição desses últimos decorre, tão só, da natureza humana: são direitos inerentes a cada pessoa simplesmente por *ser* humano e se fundam no respeito pela dignidade e pelo valor de cada pessoa, em si mesma considerada e sem qualquer outra finalidade⁶⁷.

Dentre o rol desses direitos essenciais, encontra-se o direito a um sistema de justiça adequado e eficaz. Os tratados e os documentos internacionais, a partir de então, passaram a prever, de forma expressa e indubitosa, o processo como direito do homem⁶⁸ e, nessa medida,

⁶⁶ ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 217 (III) A. Paris, 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 25 jul. 2019.

⁶⁷ Fabio Konder Comparato observa que “O caráter único e insubstituível de cada ser humano, portador de um valor próprio, veio demonstrar que a dignidade da pessoa existe singularmente em todo indivíduo; e que, por conseguinte, nenhuma justificativa de utilidade pública ou reprovação social pode legitimar a pena de morte.” COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 43.

⁶⁸ Humberto Theodoro Júnior elucida, no particular, que: “O pós-segunda Grande Guerra acendeu no mundo civilizado a luz para a necessidade de implantação de uma justiça *plena e efetiva*, fazendo com que os grandes tratados modernos de defesa do homem se empenhassem na implementação de uma ordem universal e fundamental que abrangesse inclusive, e com destaque, a garantia do processo *justo*, tanto do ponto de vista formal como do substancial.”. In: THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Estrutura e função no campo do direito processual — visão estática e visão dinâmica do fenômeno jurídico*. In: ————; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Tutelas diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 11.

No mesmo sentido, Luigi Paolo Comoglio afirma que “[...] é um dado historicamente incontestável o fato de que os direitos fundamentais e garantias do processo — decorrentes dos princípios mais significativos do

como método de garantia, de proteção e de efetivação dos mais variados direitos previstos no ordenamento jurídico em que o indivíduo se encontra inserido.

O direito fundamental ao processo⁶⁹ consiste, ao mesmo tempo, numa garantia e num direito conferidos ao indivíduo, ora de reclamar ao Estado a prestação da tutela jurisdicional na defesa de seus direitos, ora de se defender das acusações penais que lhe são apontadas. O direito humano ao processo trata-se de *garantia* porque encerra um núcleo mínimo de proteção, destinado a regulamentar o ambiente processual, impedindo que a dignidade da pessoa humana seja violada quando da tutela dos direitos civis ou quando da persecução e punição criminais⁷⁰.

direito natural (e codificado pelas máximas tradicionais: *nemo iudex sine actore, ne eat iudex ultra petita el alligata partium, nemo iudex in causa sua, audiatur el altera pars*) — se impuseram como “direitos humanos” invioláveis, beneficiando-se de formas explícitas de reconhecimento e proteção não apenas nas Constituições modernas, mas também nas mais importantes Convenções internacionais, especialmente após a guerra mundial dos anos 1940-1945, no contexto de um *human rights system* profundamente renovado.” COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “Giusto Processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 21 — tradução livre. No original: “[...] è un dato storicamente incontestabile il fatto che i diritti e le garanzie fondamentali del processo — derivanti dai più significativi principi della natural justice (e codificati dalle massime tradizionali: *nemo iudex sine actore, ne eat iudex ultra petita el alligata partium, nemo iudex in causa sua, audiatur el altera pars*) — si imposero come ‘diritti umani’ inviolabili, fruendo di esplicite forme di riconoscimento e di protezione non soltanto nelle Costituzioni moderne, ma anche nelle più importanti Convenzioni internazionali, soprattutto dopo il conflitto mondiale degli anni 1940-1945, nel contesto di un *human rights system* profondamente rinnovato”.

⁶⁹ Guilherme Guimarães Feliciano, ao questionar se o devido processo legal se encontra no rol dos direitos humanos fundamentais, chega à seguinte conclusão: “[...] o ‘*procedural due process*’ é, a um tempo, direito fundamental e garantia constitucional — ou, mais exatamente, um complexo normativo de direitos fundamentais e garantias constitucionais de índole adjetiva —, vazado em norma constitucional (explícita ou adscrita), com natureza de princípio”. In: FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Por um processo realmente efetivo: tutela processual de direitos humanos fundamentais e inflexões no “Due process of law”*. São Paulo: Ltr, 2016, p. 615.

Também caracterizando o direito ao processo como um direito fundamental, se encontra o posicionamento de Nicolò Trocker, para quem: “Nas constituições europeias de democracia clássica, é somente após o fim do último conflito mundial que certas garantias relativas à função jurisdicional e ao processo são impostas como ‘fundamentais’ e invioláveis no contexto dos direitos e liberdades pessoais do indivíduo”. In: TROCKER, Nicolò. *Il Nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 55, n. 2, p. 381–410, giugno, 2001, p. 384.

No original: “Nelle costituzioni europee di democrazia classica è soltanto dopo la fine dell’ultimo conflitto mondiale che determinate garanzie attinenti alla funzione giurisdizionale e al processo si impongono come ‘fondamentali’ ed inviolabili nel contesto dei diritti e delle libertà personali dell’individuo.”.

⁷⁰ Luigi Paolo Comoglio assim se manifesta quanto ao conceito de garantia: “Estamos nos referindo, como há pouco se dizia acima, às garantias fundamentais do processo, é claro que, sem considerar as tradições inspiradoras, o princípio *nullum jus sine remedium* é uma evidência central, condicionando em mais de um modo a conclusão de sua realização. Em geral, se entende por ‘garantia’ cada instrumento ou proteção técnico-jurídica que seja capaz de converter um direito puramente ‘reconhecido’ ou ‘atribuído’ por abstração das normas, em um direito efetivamente ‘protegido’ (na prática), e, portanto, suscetível de plena ‘atuação’ ou ‘reintegração’ cada vez que for violado.” Além disso, segundo o referido autor, pode-se realizar a seguinte distinção quanto ao tema: “[...] são garantias em sentido formal ou estático aqueles perfis estruturais que externamente reforçam — por exemplo, com a rigidez das normas constitucionais ou com a adoção da c.d. reservas legais — a estabilidade e a oponibilidade dos princípios ou dos direitos garantidos, no confronto de qualquer normal poder (ordinário) do Estado, bem como a sua tendência a não mudar ao longo do tempo. São, por outro lado, garantias em sentido atuante ou dinâmico aqueles instrumentos jurisdicionais que são especificamente previstos — perante os órgãos constitucionais ou internacionais de justiça — para assegurar condições efetivas do gozo de qualquer direito ‘atribuído’ ou ‘reconhecido’ por aquelas normas fundamentais.”

Trata-se, igualmente, de um *direito* porque o indivíduo pode exigir do Estado a criação e a aplicação de instrumentos adequados e plenamente utilizáveis, por meio dos quais poderá ser requerida a tutela dos demais direitos outorgados pelo ordenamento jurídico⁷¹.

Bem por isso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, ao dispor sobre os direitos relativos ao processo, assegura que “todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei”, bem como garante o “direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele” (artigos VIII e X da Declaração Universal dos Direitos Humanos)⁷².

A Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 04 de novembro de 1950, dispõe sobre o direito a um processo equitativo e a um julgamento público, afirmando que “qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada,

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 158-159 e p. 159, respectivamente — tradução livre.

No original: “Si ci riferisce, come poco sopra si diceva, alle garanzie fondamentali del processo, è chiaro che, senza riguardo alle tradizioni ispiratrici, il principio nullum jus sine remedium risulta di centrale evidenza, condizionando in più modi la loro compiuta realizzazione. In generale, si intende per ‘garanzia’ ogni strumento o presidio tecnico-giuridico, il quale sia in grado di far convertire un diritto puramente ‘riconosciuto’, o ‘attribuito’ in astratto dalle norme, in un diritto effettivamente ‘protetto’ in concreto, e quindi suscettibile di piena ‘attuazione’ o ‘reintegrazione’ ogni qual volta risulti violato.”

“[...] sono garanzie in senso formale o statico quei profili strutturali che rafforzano dall’esterno — ad es., con la rigidità delle norme costituzionali o con l’adozione delle c.d. riserve di legge — la stabilità e l’opponibilità dei principi o dei diritti garantiti, nei confronti di qualsiasi potere ordinario dello Stato, nonché la loro tendenziale immodificabilità nel tempo. Sono, invece, garanzie in senso attuativo e dinamico quegli strumenti giurisdizionali che siano specificamente previsti — avanti ad organi di giustizia costituzionale od internazionale — per assicurare condizioni effettive di godimento a qualsiasi diritto ‘attribuito’ o ‘riconosciuto’ da quelle norme fondamentali.”

No mesmo sentido, Andrea Proto Pisani afirma que “Garantia significa proteção do cidadão diante do poder, significa disciplina dos métodos de exercício do poder com o objetivo de permitir o controle tendencialmente completo.” PISANI, Andrea Proto. Relazione conclusiva. In: CIVININI, Maria Giuliana; VERARDI, Carlo Maria (Coord.). *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*. Milano: FrancoAngeli, 2001, p. 317 — tradução livre.

No original: “Garanzia significa protezione del cittadino a fronte del potere, significa disciplina delle modalità di esercizio del potere allo scopo di consentirne la controllabilità tendenzialmente piena.”

⁷¹ Para Humberto Theodoro Júnior, o propósito desses documentos internacionais é, portanto, instituir, em definitivo, o processo como direito fundamental à pessoa e inerente à democracia, estabelecendo “um instrumento hábil de garantia de *liberdade e justiça*, de modo que, tanto nas graves acusações de natureza criminal, como nas pendências patrimoniais comuns, pudesse o indivíduo contar com o direito de *responder* e de se *defender* perante um juiz *imparcial*, dentro de um processo pautado pela certeza da ampla defesa e efetiva participação do réu.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*. Rio de Janeiro: AIDE, 1987, p. 54

⁷² ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 217 (III) A. Paris, 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 25 jul. 2019..

equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela” (item 1 do artigo 6º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais)⁷³.

O Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, também prevê garantias de ordem processual, ao prescrever que “todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça” e, ainda, ao afirmar que “toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de carácter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de carácter civil” (item 1 do artigo 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos)⁷⁴.

De igual forma, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, ao estabelecer as garantias judiciais como direitos essenciais do homem, estabelece que “toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza” (item 1 do artigo 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)⁷⁵.

A partir das disposições contidas nos documentos internacionais e que tratam dos direitos humanos, verifica-se a existência, em nível internacional, de um *núcleo jurídico comum* referente ao direito ao processo, assegurando ao homem e à mulher, em decorrência exclusivamente de sua natureza humana, as seguintes garantias judiciais: *i.* dispor de um instrumento efetivo contra os atos que violem os seus direitos; *ii.* ser julgado por tribunais e por juízes competentes, independentes, imparciais e estabelecidos anteriormente por lei, seja no que

⁷³ COUNCIL OF EUROPE. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Convencionada em Roma, em 4 nov. 1950. Strasbourg: Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, 2013. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2019..

⁷⁴ BRASIL. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*. Promulgação do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos. Brasília, 6 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 25 jul. 2019.

⁷⁵ BRASIL. *Anexo ao decreto que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*. Brasília, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2019.

se refere aos direitos de natureza civil, seja quanto às acusações criminais; *iii.* participar ativamente de seu julgamento, por meio de amplo e efetivo contraditório, valendo-se de todos os meios moralmente legítimos de prova, ainda que não expressos em lei; *iv.* acompanhar o seu julgamento que deverá ser, em regra, realizado de forma pública e, obrigatoriamente, em um tempo razoável; *v.* ser considerado inocente até que reste definitivamente comprovada a sua culpa.

Esse núcleo jurídico quanto ao direito ao processo, que historicamente se concretiza em nível internacional, representa, como já se pode deduzir, um direito natural do homem⁷⁶. O reconhecimento do direito ao processo como direito natural, encerra, em si, duas importantes consequências: *i.* insere o processo no movimento de estudos sobre o *jusnaturalismo processual*, o qual exige a elaboração e a consolidação de princípios mínimos, capazes de proteger a dignidade da pessoa humana no ambiente processual⁷⁷; *ii.* a sua positivação em

⁷⁶ Luigi Paolo é categórico ao afirmar: “[...] o processo, portanto, é *due* (ou, dependendo das versões linguísticas, ‘devido’, debido, devido), não porque é completamente regulado por leis rígidas e pré-estabelecidas, mas sim porque representa a garantia positiva de um ‘direito natural’ do indivíduo a um processo ‘informado por princípios superiores de justiça’, de acordo com os cânones fundamentais da common law.” COMOGLIO, Luigi Paolo. *Ética e técnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 244 — tradução livre.

No original: “[...] il processo, dunque, è *due* (od, a seconda delle versioni linguistiche, ‘dovuto’, debido, devido), non perchè sia compiutamente regolato da norme di legge rigide e precostituite, ma piuttosto in quanto rappresenta la garanzia positiva di un ‘diritto naturale’ del singolo ad un processo ‘informato a principi superiori di giustizia’, secondo i canoni fondamentali della common law.”

No mesmo sentido e aplicando a mesma ênfase, Vincenzo Vigoriti, ao estudar do *due process of law*, assevera: “Sob a influência renovada das instâncias jusnaturalísticas, nunca adormecidas no ordenamento americano, a Suprema Corte, redescobrimo uma série de antigos precedentes, agora interpreta o *due process* como a garantia positiva de um direito natural dos indivíduos a um processo informado por princípios superiores de justiça. A jurisprudência começa agora a informar a necessidade de não dar à cláusula um conteúdo rígido e preciso, e a reservar-se, em vez disso, a possibilidade de proceder caso a caso a uma verificação concreta, fora de esquemas prefixados, da justiça do procedimento único, na evidente convicção de que a estabilidade, a certeza e a uniformidade muitas vezes correm o risco de negligenciar o objetivo principal do preceito constitucional, a proteção dos direitos fundamentais no caso concreto.” VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile: due process of law* e art. 24 Cost.. Milano: A. Giuffrè Editore, 1973, p. 37-38 — tradução livre. No original: “Sotto la rinnovata influenza di istanze giusnaturalistiche, mai sopite nell’ordinamento americano, la Supreme Court, riscoprendo una serie di antichi precedenti, interpreta ora il *due process* come la garanzia positiva di un diritto naturale dei singoli ad un processo informato a principi superiori di giustizia. La giurisprudenza comincia ora ad avvertire la necessità di non dare alla clausola un contenuto rigido e preciso, e di riservarsi invece la possibilità di procedere caso per caso ad una verifica in concreto, fuori da schemi prefissati, della giustizia del singolo procedimento, nell’evidente convinzione che stabilità, certeza, uniformità rischiano sovente di far trascurare lo scopo primo del precetto costituzionale, la protezione dei diritti fondamentali nel caso concreto.”

⁷⁷ Luigi Paolo Comoglio, ao estabelecer as relações entre o modelo internacional de processo e o modelo italiano, elucida que o jusnaturalismo processual é fator decisivo para a elaboração de uma unidade quanto às garantias processuais inerentes ao justo processo: “Graças àquele movimento de ideias e estudos comparados [refere-se à escola comparatística de Mauro Cappelletti e de Vittorio Denti], que na Itália há muito tempo é chamado de ‘jusnaturalismo processual’, a jurisprudência da Corte constitucional elaborou e consolidou um *corpus* importantíssimo de princípios, que abrangem, seja os direitos individuais de ação e de defesa em juízo, seja as garantias de imparcialidade e de autonomia do juiz, na ótica de ‘justo processo’.” COMOGLIO, Luigi Paolo. *Ética e técnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 311 — tradução livre.

tratados e em constituições, conquanto tenha importantíssima relevância, não representa atividade criativa ou constitutiva por parte do Estado, mas apenas atividade *declarativa*, referente ao cumprimento de um dever estatal de reconhecimento e de asseguramento e não de constituição ou de outorga de direitos⁷⁸.

Percebe-se, pois, que o processo se insere nesse movimento de internacionalização dos direitos humanos, igualando-se, sem qualquer diferenciação ou grau de importância, a tantos outros direitos inatos à natureza do ser humano — *v.g.* o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à não discriminação de qualquer forma, à propriedade, ao trabalho, à moradia. É importante reafirmar: o direito ao processo é um direito intrínseco ao ser humano, desmerecendo qualquer tratamento *díspar* ou diminutivo⁷⁹. Isto porque a concepção contemporânea de direitos humanos

No original: “Grazie a quel movimento di idee e di studi comparatistici, che in Italia viene da tempo denominato ‘giusnaturalismo processuale’, la giurisprudenza della Corte costituzionale ha elaborato e consolidato un *corpus* importantissimo di principi, che toccano sia i diritti individuali di azione e di difesa nel giudizio, sia le garanzie di imparzialità e di autonomia del giudice, nell’ottica di un ‘giusto processo’.”

Ainda que desenvolvidas sob a perspectiva do direito penal, as considerações formuladas por Ennio Amodio se revelam interessantes à inserção do justo processo na dimensão jusnaturalista: “Subtraído à sugestão banalizante do vocabulário positivista, o adjetivo ‘justo’ que aparece na nova norma constitucional para caracterizar o substantivo ‘processo’ revela uma adesão a valores ético-políticos que se colocam acima da lei escrita, derivados da natureza e da razão, de acordo com os módulos do jusnaturalismo.” AMODIO, Ennio. *Giusto processo, procès équitable e fair trial*: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa. Rivista italiana di diritto e procedura penale. Imprenta: Milano, A. Giuffrè, v. 46, n. 1/2, p. 93–107, genn./giugno, 2003, p. 94.

No original: “Sottratto alla suggestione banalizzante del vocabolario positivista, l’aggettivo ‘giusto’ che compare nella nuova norma costituzionale a caratterizzare il sostantivo ‘processo’ rivela un’adesione a valori etico-politici che si collocano al di sopra della legge scritta, ricavati dalla natura e dalla ragione secondo i moduli del giusnaturalismo.”

⁷⁸ Para Luigi Paolo Comoglio, o processo é equo reconduz, dentro de sua estrutura conceitual, uma série de garantias mínimas, “[...] cujos pressupostos genéticos remontam à justiça natural, reconectando-se, mais modernamente, aos direitos invioláveis do homem, que o Estado de Direito não cria nem constitui, mas tem o dever de ‘reconhecer’ e de ‘garantir’ (art. 2 Cost.)” COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 58 — tradução livre.

No original: “[...] i cui presupposti genetici risalgono alla natural justice, ricollegandosi, più modernamente, ai diritti inviolabili dell’uomo, che lo Stato di diritto non crea né costituisce, ma ha il dovere di ‘riconoscere’ e di ‘garantire’ (art. 2 Cost.)”

⁷⁹ Luigi Paolo Comoglio afirma que dentre os direitos essenciais da pessoa, se encontra o direito ao justo processo, fazendo a seguinte observação: “Trata-se como é universalmente conhecido, daqueles direitos que se relacionam com a proteção dos bens individuais mais preciosos e, acima de tudo, daqueles à vida, à liberdade da pessoa, à inviolabilidade do domicílio ou da privacidade, à liberdade e ao sigilo das comunicações, à proteção da propriedade individual, e assim por diante. Uma vez que, portanto, entre esses direitos invioláveis se coloca, com grande destaque, também o mesmo o direito a um processo ‘justo’ e ao respeito inderrogável das suas garantias ‘mínimas’ (ou seja, em outras palavras, o direito a uma justiça processual em sentido amplo), a ética que o anima é, justamente, o conjunto daqueles valores fundamentais de civilidade e de democracia, a partir dos quais se originam, segundo as premissas jusnaturalísticas do moderno Estado de direito, o reconhecimento e a inderrogável proteção dos direitos invioláveis do homem.” COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 7 — tradução livre.

No original: “Si tratta, come è universalmente noto, di quei diritti che attengono alla salvaguardia dei beni individuali più preziosi, e, soprattutto, di quelli alla vita, alla libertà della persona, alla intangibilità del domicilio o della privacy, alla libertà ed alla segretezza delle comunicazioni, alla tutela della proprietà individuale, e così via. Poichè, dunque, tra questi inviolabili diritti si colloca, con grande rilievo, anche lo stesso diritto ad un processo ‘giusto’ ed all’inderogabile rispetto delle sue garanzie ‘minime’ (ossia, in altre parole, il diritto ad

perpassa pelo reconhecimento da existência de uma unidade jurídica interdependente e indivisível⁸⁰. Independentemente da esfera humana que visam tutelar — se a cível, se a política, se a econômica, se a social ou se a cultural —, os direitos humanos se encontram iguados em termos de importância, sendo indivisíveis e estabelecendo entre si relações de interdependência⁸¹.

A partir do enfoque dado no plano internacional, o direito do homem de usufruir de um sistema adequado e eficaz de justiça foi expressamente introduzido no texto constitucional, passando a ser elencado como uma garantia individual. Essa nova compreensão implicou o fenômeno da constitucionalização do processo e ensejou, como visto, a substituição da noção de devido processo legal pelo ideário do justo processo⁸².

O fenômeno da constitucionalização do processo implica situá-lo sob perspectivas distintas, mas complementares: *i.* a necessidade de positivar, de forma expressa, as garantias processuais inerentes à condição humana em nível doméstico, à vista da resistência quanto à imediata aplicação dos princípios previstos em nível internacional⁸³; *ii.* reconhecer

una giustizia procedurale in senso lato), l'etica che lo anima è, appunto, l'insieme di quei valori fondamentali di civiltà e di democrazia, dai quali traggono origine, secondo le premesse giusnaturalistiche del moderno Stato di diritto, il riconoscimento e la inderogabile protezione dei diritti inviolabili dell'uomo.”

⁸⁰ De acordo com Flávia Piovesan: “Assim, partindo do critério metodológico que classifica os direitos humanos em gerações, compartilha-se do entendimento de que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Isto é, afasta-se a equivocada visão da sucessão ‘geracional’ de direitos, na medida em que se acolhe a ideia de expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação. Logo, apresentando os direitos humanos uma unidade indivisível, revela-se esvaziado o direito à liberdade quando não assegurado o direito à igualdade; por sua vez, esvaziado, revela-se o direito à igualdade quando não assegurada a liberdade.” PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 200-201.

⁸¹ Flávia Piovesan é clara ao afirmar: “Não há mais como cogitar da liberdade divorciada da justiça social, como também infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade. Em suma, todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, no qual os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e são interdependentes entre si.” PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 201.

⁸² Para Humberto Theodoro Júnior, “A evolução do Direito Processual, nessa ordem de idéias, não pode jamais subverter o valor do justo e da razão. Com efeito, ‘o devido processo legal dos tempos de João Sem Terra tornou-se, em nossa época, o *processo justo*.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela diferenciada: opção do credor entre a ação executiva e ação ordinária de cobrança*. Revista dialética de direito processual: RDDP, n. 4, p. 80–92, jul., 2003, p. 81.

⁸³ De acordo com Nicolò Trocker, “[...] essa opção permite superar as antigas discussões relativas à classificação a ser atribuída, na hierarquia da teoria das fontes, aos Atos Internacionais sobre Direitos Humanos. Cai assim um dos elementos que contribuiu para a resistência tradicional de nosso sistema em incorporar e levar em consideração os valores e princípios subjacentes às convenções internacionais.” TROCKER, Nicolò. Il valore costituzionale del “giusto processo”. In: CIVININI, Maria Giuliana; VERARDI, Carlo Maria (Coord.). *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*. Milano: FrancoAngeli, 2001, p. 51 — tradução livre.

No original: “[...] quell’opzione consente di superare le annose discussioni relative al rango da attribuire, nella gerarchia della teoria delle fonti, agli Atti internazionali sui diritti umani. Cade così uno degli elementi che ha contribuito alla tradizionale resistenza del nostro sistema a recepire ed a dare considerazione a valori e principi sottesi alle convenzioni internazionali.”

expressamente que os valores constitucionalmente eleitos influenciam diretamente a conformação técnica e os fins do processo⁸⁴; *iii.* apontar o vínculo de subordinação estabelecido entre o processo e a Constituição, norma hierarquicamente superior⁸⁵; *iv.* elaborar a síntese sobre as garantias processuais, as quais se tornam normas de aplicabilidade imediata e com performance orientadora e conformadora da legislação infraconstitucional, com propositado caráter preceptivo⁸⁶.

O processo, diante dessas perspectivas, deve estar comprometido com a matriz constitucional⁸⁷, a partir da qual retira o seu fundamento de validade e de legitimidade,

⁸⁴ Humberto Theodoro Júnior e Érico Andrade apontam que o processo se adere à *ideologia constitucional*, nos seguintes termos: “A combinação entre a internacionalização das garantias processuais e sua incorporação nas constituições permitiu a assunção do modelo constitucional de processo por diversos Estados, a partir, inclusive, da intensificação dos estudos *comparatísticos*, de modo que o processo não é mais visto como instrumento técnico neutro, mas como instrumento técnico comprometido com a ideologia constitucional do processo, ditada pelos princípios acolhidos na Constituição. [...] O processo ganha a ‘ideologia’ constitucional: o processo, permeado pelas garantias constitucionais, passa a ter a clara missão de realizar direitos, donde a necessidade de ir além da enunciação das garantias constitucionais, mas satisfazer a necessidade de tutela dos direitos.” THEODORO JÚNIOR, Humberto; ANDRADE, Érico. Impactos da Constituição Federal na evolução do processo civil. In: BELMONTE, Alexandre Agra [et al]. *30 anos da CF e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 310-311.

⁸⁵ Conforme explica Ada Pellegrini Grinover, “Todo o direito processual, portanto como ramo, de direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a declaração do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais. Todo o direito processual, que disciplina o exercício de uma das funções fundamentais do Estado, além de ter seus pressupostos constitucionais — como os demais ramos do direito — é fundamentalmente determinado pela Constituição, em muitos de seus aspectos e institutos característicos. Alguns dos princípios gerais que o informam são, ao menos inicialmente, princípios constitucionais, ou seus corolários.” GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 12.

⁸⁶ Nicolò Trocker afirma que “As garantias processuais vêm constitucionalizadas e constitucionalmente protegidas. Com a rigidez das normas constitucionais, elas adquirem estabilidade e oponibilidade nos confrontos de qualquer poder ordinário do Estado; elas se tornam regras munidas de força preceptiva concreta, cujo respeito, mesmo pelo legislador, é judicialmente verificável, graças à introdução de mecanismos de controle de constitucionalidade.” TROCKER, Nicolò. Il valore costituzionale del “giusto processo”. In: CIVININI, Maria Giuliana; VERARDI, Carlo Maria (Coord.). *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*. Milano: FrancoAngeli, 2001, p. 43.

No original: “Le garanzie processuali vengono costituzionalizzate e costituzionalmente protette. Con la rigidità delle norme costituzionali acquistano stabilità ed opponibilità nei confronti di qualsiasi potere ordinario dello Stato; diventano regole munite di concreta forza precettiva, il cui rispetto anche da parte del legislatore è giudizialmente verificabile, grazie all’introduzione di meccanismi di controllo di costituzionalità.”

Dando ênfase à eficácia do justo processo e inserindo-o na perspectiva do Estado Constitucional, Daniel Francisco Mitidiero, registra que “O direito ao processo justo é *multifuncional*. Ele tem função *integrativa, interpretativa, bloqueadora e otimizadora*. Como princípio, exige a realização de um estado ideal de proteção aos direitos, determinando a *criação* dos elementos necessários à promoção do ideal de protetividade, a *interpretação* das normas que já preveem elementos necessários à promoção do estado ideal de tutelabilidade, o *bloqueio* à eficácia de normas contrárias ou incompatíveis com a promoção do estado de proteção e a *otimização* do alcance ideal de protetividade dos direitos no Estado Constitucional.” MITIDIERO, Daniel Francisco. *Direito Fundamental ao Processo Justo*. Revista Magister de direito civil e processual civil, v. 8, n. 45, p. 22–34, nov./dez., 2011, p. 30.

⁸⁷ Para Italo Andolina e Giuseppe Vignera: “Portanto, na nova perspectiva pós-constitucional, o problema do processo não diz respeito apenas a seu *ser* (*id est*: a sua organização concreta segundo com as leis ordinárias em vigor), mas também o seu *dever ser* (*id est*: a conformidade de seu arranjo positivo à normativa constitucional sobre o exercício da atividade jurisdicional). O problema da jurisdição, por sua vez, não é mais

submetendo-se ao escrutínio por parte do Poder Judiciário. A influência exercida pela constitucionalização do processo implica reconhecer, por um lado, que a técnica processual elaborada pelo legislador somente será válida se for traçada conforme os preceitos constitucionais; por outro lado, o procedimento será inválido se contrariar os ditames previstos na Constituição. O processo ingressa, pois, no turbilhão constitucional e dele não consegue escapar, sem que com isso perca a validade e a legitimidade de instrumento para a tutela dos direitos.

O fenômeno da constitucionalização do direito processual, além disso, manifesta-se em dúplice sentido: ao mesmo tempo em que o processo deve se conformar, teleológica e tecnicamente, aos valores previstos em sede constitucional, ele se apresenta como instrumento de efetivação desses mesmos preceitos constitucionais⁸⁸. Neste ponto, cumpre fazer uma observação deveras importante: a carga valorativa contida na Constituição brasileira deve ser respeitada porque se alinha à proteção do ser humano, com o fim de construir — é válido repetir, uma vez mais — um Estado Democrático de Direito disposto a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social. São esses, os valores que dão forma ao processo e que por ele mesmo são efetivados⁸⁹.

uma mera questão de tipo (essencialmente) definidor, que interessa acima de tudo a teoria geral do direito e do Estado, constituindo, em vez disso, um tema com implicações práticas muito marcadas, já que apenas em face de um procedimento (positivo) instrumental para o exercício da função jurisdicional faz-se necessário controlar se o mesmo é efetivamente o que deveria (segundo a Constituição) ser.” ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997, p. 05-06 — tradução livre.

No original: “Nella nuova prospettiva post-costituzionale, quindi, il problema del processo non riguarda soltanto il suo *essere* (*id est*: la sua concreta organizzazione secondo le leggi ordinarie vigenti), ma anche il suo *dover essere* (*id est*: la conformità del suo assetto positivo alla normativa costituzionale sull’esercizio dell’attività giurisdizionale). Il problema della giurisdizione, a sua volta, non è più un mera questione di tipo (essenzialmente) definitorio interessante soprattutto la teoria generale del diritto e dello Stato, costituendo invece un tema dalle implicazioni pratiche assai marcate, poichè soltanto di fronte ad un procedimento (positivo) strumentale all’esercizio della funzione giurisdizionale occorre controllare se lo stesso effettivamente è come dovrebbe (secondo la Costituzione) essere.”

⁸⁸ Cândido Rangel Dinamarco examina que: “[...] a) o direito processual constitucional é um método de exame do sistema processual à luz dos preceitos contidos na Constituição; b) ele inclui a tutela constitucional do processo e a jurisdição constitucional das liberdades; c) as relações entre a Constituição e o processo operam em dois sentidos: a Constituição cercando o sistema processual de princípios e garantias, o sistema processual servindo de instrumento de atuação dos preceitos constitucionais na Constituição.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. I. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 319.

⁸⁹ Confira, nesse sentido, as observações formuladas por Ada Pellegrini Grinover: “Nota-se, inicialmente, que a própria Constituição se incumbe de configurar o direito processual não mais como mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, mas sim, cientificamente, como instrumentos públicos de realização da justiça. [...] Exsurge do texto a proclamação de valores éticos sobre os quais repousa nossa organização política: direito processual é expressão com conteúdo próprio, em que se traduz a garantia da tutela jurisdicional

O movimento de constitucionalização do direito processual também desemboca no justo processo, que passa a representar o modelo por meio do qual se implementa e se pratica o processo jurisdicional previsto na Constituição brasileira, a fim de assegurar os valores de liberdade, de igualdade e de justiça⁹⁰.

Nessa ordem de ideais, a Constituição brasileira⁹¹ expressamente contempla garantias essenciais, as quais, ao se agruparem e se correlacionarem, representam, na cultura jurídica brasileira, o *núcleo jurídico do modelo de justo processo*. Esse nife jurídico de garantias constitucionais, por sua vez, contempla: *i.* o sistema de justiça e o direito à tutela jurisdicional (inciso XXXV do artigo 5º da CR/88); *ii.* o devido processo legal (inciso LIV do artigo 5º da CR/88); *iii.* o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (inciso LV do artigo 5º da CR/88); *iv.* a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (inciso LXXVIII do artigo 5º da CR/88); *v.* a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (inciso LXXIV do artigo 5º da CR/88); *vi.* a proibição de juízo ou de tribunal de exceção (inciso XXXVII do artigo 5º da CR/88); *vii.* o juiz natural (inciso LIII do artigo 5º da CR/88); *viii.* a publicidade dos atos processuais, que somente poderá ser restringida quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (inciso LX do artigo 5º da CR/88); *ix.* a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, sob pena de nulidade (inciso IX do artigo 92 da CR/88); *x.* a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (inciso LVI do artigo 5º da CR/88); *xi.* a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, dentre elas aquelas de caráter processual (§1º do artigo 5º da CR/88); *xii.* a não exclusão de outros direitos e de outras garantias processuais decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (§1º do artigo 5º da CR/88); *xiii.* a estrita observância pelo Poder Judiciário ao princípio da eficiência (*caput* do artigo 37 da CR/88); *xiv.* o asseguramento da segurança jurídica como valor supremo da sociedade brasileira (preâmbulo e *caput* do artigo 5º da CR/88).

do Estado, através de procedimentos demarcados formalmente em lei.” GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 36.

⁹⁰ De acordo com Humberto Theodoro Júnior, “[...] o *processo justo*, em que se transformou o antigo *devido processo legal*, é o meio concreto de praticar o processo judicial delineado pela Constituição para assegurar o pleno acesso à justiça e a realização das garantias fundamentais traduzidas nos princípios da legalidade, liberdade e igualdade.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico*. Revista Magister de direito civil e processual civil, v. 6, n. 33, p. 5–18, nov./dez., 2009, p. 14.

⁹¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2019 [1988]. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/norma/579494/publicacao/16434817>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

A formulação, sob a perspectiva dos direitos humanos, de um modelo internacional de processo, acompanhada da consciente e deliberada constitucionalização do processo, visualizada a partir da positivação das garantias processuais, culmina, na modernidade, com a adoção do paradigma do justo processo, que se condiciona a partir da ideologia constitucional.

4.2 O justo processo como modelo teórico vigente e em expansão

O modelo de justo processo, conforme anteriormente retratado, trata-se de um direito inerente à natureza humana e ocupa assento internacional e constitucional nos documentos políticos modernos, extraindo dessa confluência entre o jusnaturalismo e a positivação o seu existir jurídico.

O justo processo constitui-se como modelo teórico vigente, por meio do qual o processo é estruturado, interpretado e praticado, sempre com vistas ao asseguramento do pleno acesso à justiça, da efetivação das garantias constitucionais e da prestação da tutela jurisdicional aos direitos. Justo, portanto, é o processo que, independentemente de uma forma fixa ou de um procedimento exaustiva e rigidamente previsto em lei, se desenvolve-se com respeito a um rol mínimo de garantias e com estrita observância à construção de decisões substancialmente justas, sem o que não se poderia falar em justiça processual⁹².

Constata-se, portanto, que o justo processo congrega em sua estrutura e genética *funcionalidades circulares* — funcionalidade porque remete à função que o processo assume

⁹² Sob a perspectiva da justiça procedimental — enquanto preservação de garantias mínimas —, confira as observações realizadas por Luigi Paolo Comoglio, ao afirmar que “Qualquer ‘processo’ (ou modelo e tipo de ‘processo’) é (ou pode ser) justo, somente se e enquanto a ‘lei’ tenha previsto ou de qualquer forma ‘regulado’ uma adequada atuação de todas aquelas condições mínimas coessenciais, que (à base do artigo 111, segundo parágrafo) se destina, em termos absolutos e obrigatórios, necessários e suficientes.” COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 60 — tradução livre. No original: “Qualsiasi ‘processo’ (o modello e tipo di ‘processo’) è (o può essere) giusto, solo se ed in quanto la ‘legge’ vi abbia previsto o comunque ‘regolato’ un’adeguata attuazione di tutte quelle condizioni minime coessenziali, che (in base all’art. 111, secondo comma) si intendono all’uopo, in termini assoluti e inderogabili, necessarie e sufficienti.”

De acordo com Nicolò Trocker, “‘Justo’ não é qualquer processo que se limite a ser ‘regular’ em um nível formal. Justo é o processo que se desenvolve no respeito dos parâmetros fixados pelas normas constitucionais e dos valores compartilhados pela comunidade. E este é o processo que se desenvolve diante de um juiz imparcial no contraditório de todos os interessados em um prazo razoável, assim como estabelece o art. 111 cost.” TROCKER, Nicolò. *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 55, n. 2, p. 381–410, giugno, 2001, p. 386 — tradução livre.

No original: “‘Giusto’ non è qualunque processo che si limiti ad essere ‘regolare’ sul piano formale. Giusto è il processo che si svolge nel rispetto dei parametri fissati dalle norme costituzionali e dei valori condivisi dalla collettività. E tale è il processo che si svolge davanti ad un giudice imparziale nel contraddittorio di tutti gli interessati in un tempo ragionevole, come appunto stabilisce l’art. 111 cost.”

enquanto meio e não como fim; circularidade porque uma função acarreta à outra reciprocamente —⁹³: *i.* o processo deve produzir resultados substancialmente justos, logo atrelados às nuances do direito material; *ii.* os resultados justos somente podem ser obtidos por meio de um procedimento igualmente comprometido com a justiça, ou seja, com respeito irrestrito às garantias processuais.

Justamente por isso, reconhece-se que este modelo teórico apresenta uma dimensão relacional entre as garantias processuais mínimas⁹⁴, extraindo daí o seu significado: o justo processo representa a síntese principiológica daquelas garantias processuais indispensáveis à tutela adequada e efetiva dos direitos, a qual somente se legitima quando prestada por meio de um processo que admita o pleno acesso ao sistema de justiça e que assegure, em ambiente procedimental constituído em contraditório e em igualdade entre as partes, o direito à ampla

⁹³ Cândido Rangel Dinamarco assim elucida: “Assim ligado aos escopos a realizar e sobremodo ao de praticar a *justiça* ao pacificar os litigantes tem-se o conceito de *processo justo*, hoje corrente na teoria processual. Justo será, em primeiro lugar e acima de tudo, o processo que ofereça *resultados justos* aos litigantes em sua vida comum. Mas, para ter-se razoável segurança de que o processo oferecerá resultados substancialmente justos, ele há de ser *justo em si mesmo*, mediante o tratamento isonômico dos litigantes, liberdade de atuar na efetiva defesa de seus interesses, participação efetiva do juiz, imparcialidade, *etc.*” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. I. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 129.

⁹⁴ A compreensão de que o justo processo também ostenta uma *dimensão relacional entre as garantias processuais*, é devida a Nicolò Trocker, para quem, “[...] o mérito desta escolha está no fato de que a fórmula do justo processo dá expressão à exigência de coordenar sistematicamente entre elas as várias garantias relativas ao processo e de tornar homogêneo e interdependente as suas concretizações aplicativas. Nesse sentido, a norma contém uma fundamental indicação de método: as garantias constitucionais do processo precisam de uma interpretação e reconstrução que não se limite a analisá-las como entidade em si mesma, a serem desmembradas e reconstruídas de tempos em tempos nos respectivos elementos textuais, mas sabe como entender seu significado ‘relacional’ dentro de uma série de conexões e interdependências funcionais. Em essência, o art. 111 Cost. estende como não desprezível desdobramento concreto também aquele de colocar em evidência que o direito fundamental do indivíduo a um (ou o princípio fundamental do) justo processo não se cristaliza, nem muito menos se exaure, em garantias únicas, mas se baseia sobre a necessária coordenação de múltiplas garantias concorrentes.” TROCKER, Nicolò. Il valore costituzionale del “giusto processo”. In: CIVININI, Maria Giuliana; VERARDI, Carlo Maria (Coord.). *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*. Milano: FrancoAngeli, 2001, p. 49-50 — tradução livre.

No original: “[...] il pregio di questa scelta sta nel fatto che la formula del giusto processo dà espressione all’esigenza di coordinare sistematicamente fra loro le diverse garanzie afferenti al processo e di rendere omogenee ed interdipendenti le loro concretizzazioni applicative. In questo senso la norma contiene una fondamentale indicazione di metodo: le garanzie costituzionali del processo hanno bisogno di un’interpretazione e ricostruzione che non si limiti ad analizzarle come entità a se stanti, da scomporre e da ricomporre di volta in volta nei rispettivi elementi testuali, ma sappia coglierne il significato ‘relazionale’ entro una serie di collegamenti e di interdipendenze funzionali. In sostanza, l’art. 111 Cost. dispiega come non disprezzabile risvolto concreto anche quello di mettere in evidenza che il diritto fondamentale dell’individuo ad un (o il principio fondamentale del) giusto processo non si cristallizza, né tantomeno si esaurisce, in garanzie singole, ma si basa sul necessario coordinamento di più garanzie concorrenti.”

No mesmo sentido, confira, ainda: TROCKER, Nicolò. *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 55, n. 2, p. 381-410, giugno, 2001, p. 410.

defesa e à admissibilidade das provas, perante um juízo independente e imparcial, que deverá julgar, de forma motivada e em tempo razoável, a pretensão deduzida.

Para além da importantíssima função de síntese e de agrupamento hermenêutico quanto aos direitos processuais, o justo processo carrega em si significativa carga ética⁹⁵, sem a qual seria impossível elaborar provimentos jurisdicionais substancialmente justos. Isso porque, o justo processo, para além de representar *garantia de legalidade processual*, também denota *garantia de justiça substancial*⁹⁶, fundada tanto em argumentos de direito natural quanto racionais, e exige que os sujeitos processuais assumam comportamentos necessariamente correlatos a preceitos axiológicos referentes à correção, à equidade, à boa-fé, à lealdade e à probidade, tudo com o fim de cumprir a meta de prestar justiça às partes⁹⁷. É por essa razão

⁹⁵ Para Luigi Paolo Comoglio, “Essa [a noção de justo processo], na verdade, se configura como uma síntese superior (e, sobre o plano técnico, como uma ‘categoria determinante’) de vários valores subjacentes a uma ideologia de justiça bem definida — com fortes componentes ético-deontológicos, baseados sobre o inviolável respeito dos direitos fundamentais da pessoa — bem como resultante de certas escolhas fundamentais de civilidade e de democracia, que pertencem à justiça natural por uma tradição milenar.” COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 275.

No original: “Essa [la nozione di giusto processo], in effetti, si configura quale sintesi superiore (e, sul piano tecnico, quale ‘categoria ordinante’) di più valori sottesi ad una ben determinata ideologia di giustizia — con forti componenti etico-deontologiche, basate sull’inviolabile rispetto dei diritti fondamentali della persona — nonchè quale risultante di talune scelte fondamentali di civiltà e di democrazia, che appartengono per millenaria tradizione alla natural justice.”

Em idêntico sentido, Vincenzo Vigoriti, ao traçar parâmetros para a correta interpretação e tradução da cláusula contida na Constituição estadunidense referente ao *due process of law*, assim se manifesta, explicitando o conteúdo ético do termo: “O termo ‘due’, no qual está contida toda a força da expressão, é um apelo confiante à consciência do homem, a uma justiça superior baseada na natureza e na razão. Por essa razão, não se pode traduzir com adjetivos como ‘regular’ ou ‘correto’, que expressam apenas uma exigência de legalidade que não esgota o conteúdo da garantia, mas será traduzido com o termo ‘justo’, o único que pode verter com eficácia o conteúdo ético do termo ‘due’.” VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile: due process of law e art. 24 Cost.*. Milano: A. Giuffrè Editore, 1973, nota de rodapé de n. 12, p. 30 — tradução livre.

No original: “Il termine ‘due’, in cui è racchiusa tutta la forza dell’espressione, è un appello fiducioso alla coscienza dell’uomo, ad una giustizia superiore fondata sulla natura e sulla ragione. Per questo non può tradursi con aggettivi come ‘regolare’ o ‘correto’ che esprimono solo un’esigenza di legalità che non esaurisce il contenuto della garanzia, ma verrà tradotto col termine ‘giusto’ l’unico che possa rendere con efficacia il contenuto etico del termine ‘due’.”

⁹⁶ Para Luigi Paolo Comoglio, a garantia de justiça substancial “[...] impõe considerar como devido (ou seja: como *due*, devido ou devido) não qualquer processo que seja limitado a ser extrinsecamente *fair* (vale dizer: correto, leal ou regular, no nível formal, de acordo a *law of the land*), mas um processo que seja intrinsecamente equo e justo, segundo os parâmetros ético-morais aceitos pelo sentimento comum dos homens livres de qualquer época e País, na medida em que se mostra capaz de realizar uma justiça verdadeiramente imparcial, baseada na natureza e na razão.” COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 165.

No original: “Quest’ultima impone di considerare come dovuto (e cioè: come *due*, devido o dovuto) non già qualunque processo che si limiti ad essere estrinsecamente *fair* (vale a dire: corretto, leale o regolare, sul piano formale, secondo la *law of the land*), bensì un processo che sia intrinsecamente equo e giusto, secondo i parametri etico-morali accettati dal comune sentimento degli uomini liberi di qualsiasi epoca e Paese, in quanto si riveli capace di realizzare una giustizia veramente imparziale, fondata sulla natura e sulla ragione.”

⁹⁷ Humberto Theodoro Júnior estabelece a relação existente a garantia de justiça substancial e o comportamento dos sujeitos processuais, donde se extrai o fundamento necessariamente ético do justo processo: “Na verdade, porém, há uma presença ética na própria estrutura procedimental arquitetada pelo direito processual positivo

que, na atualidade, afirma-se ser o processo, além de um instrumento técnico, igualmente um instrumento ético⁹⁸, necessariamente moldado pelos valores constitucionais⁹⁹.

Tendo sido apontados os predicados conceituais do justo processo e identificado o forte conteúdo ético nele contido, imprescindível destacar que esse modelo teórico se encontra em constante expansão e se apresenta, conforme explicam Italo Andolina e Giuseppe Vignera, como “entidade de modelo único e de tipologia múltipla”, expressando a ideia que ao lado de um único paradigma constitucional de processo pode existir uma pluralidade de procedimentos

inspirado nos princípios constitucionais e nos princípios comuns infraconstitucionais, todos a exigirem dos sujeitos da relação processual, e seus representantes, constante e rigoroso respeito aos preceitos da boa-fé, lealdade e probidade. Ademais a própria meta de fazer *justiça* aos litigantes, perseguida pela função jurisdicional, reclama um compromisso natural do processo com um valor ético, caro aos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Não se pode, por isso mesmo, desconectar o comportamento prático de todos os protagonistas do processo — partes, defensores, ministério público, juiz e auxiliares — dos valores *éticos* ou *morais* que envolvem a ideia de *justiça*. Daí ser perfeitamente adequada a qualificação de *processo justo* com a qual a Constituição italiana identifica o meio de acesso à tutela jurisdicional, dentro das garantias fundamentais.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico*. Revista Magister de direito civil e processual civil, v. 6, n. 33, p. 5–18, nov./dez., 2009, p. 11.

⁹⁸ Nesse sentido se manifesta Luigi Paolo Comoglio: “Da mesma fonte e matriz derivam, igualmente, as ideias mais avançadas de uma instrumentalidade do processo, a qual é caracterizada por conotações deontológicas precisas e tende a preservar não apenas os escopos e perfis técnicos, mas também os aspectos éticos do procedimento judicial, ainda que necessariamente sujeitado ao princípio de legalidade e à observância de determinadas formas. Essa instrumentalidade exige que as garantias formais do processo nunca sejam presas em si mesmas, mas devam sempre concorrer, em nível institucional, para a obtenção de resultados decisórios coerentes com os valores de equidade substancial e de justiça processual, consagrados pelas normas constitucionais ou por aquelas Internacionais.” COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 165-166 — tradução livre.

No original: “Dalla medesima fonte e matrice derivano, altresì, le idee più avanzate di una moderna strumentalità del processo, la quale sia caratterizzata da precise connotazioni deontologiche e tenda a preservare non soltanto gli scopi ed i profili tecnici, ma anche gli aspetti etici del procedimento giudiziario, pur necessariamente soggetto al principio di legalità ed alla sancita osservanza di determinate forme. Tale strumentalità esige che le garantigie formali del processo non siano mai fini a se stesse, ma debbano sempre concorrere, sul piano istituzionale, al conseguimento di risultati decisori coerenti con i valori di equità sostanziale e di giustizia procedurale, consacrati dalle norme costituzionali o da quelle internazionali.”

Segundo José Ovalle Favela, “Ainda com maior intensidade, os comportamentos, os valores, os princípios e as ideologias dos juristas, advogados, juízes e magistrados e, em geral, daqueles que se ocupam com o direito, condicionam a forma em que atua na realidade um sistema jurídico. É evidente que a aplicação e a interpretação de um código de processo civil não dependem apenas da boa técnica legislativa empregada em sua redação, mas, sobretudo, da cultura jurídica externa e interna que prevalece no país ou no estado em que o código é em vigor.” FAVELA, José Ovalle. *Tradizioni giuridiche e processo civile: sentenza, precedente e giurisprudenza*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 59, n. 3, p. 867–888, sett., 2005, p. 870. No original: “Ancora con maggiore intensità, gli atteggiamenti, i valori, i principi e le ideologie dei giuristi, avvocati, giudici e magistrati e, in genere, di quelli che si occupano del diritto, condizionano la forma in cui opera nella realtà un sistema giuridico. È evidente che l’applicazione e l’interpretazione di un codice di procedura civile no dipende soltanto dalla buona tecnica legislativa impiegata nella sua redazione, ma anzitutto dalla cultura giuridica esterna ed interna che prevale nel paese o nello Stato in cui quel codice vige.”

⁹⁹ Para Daniel Francisco Mitidiero, “O processo deixa de ser visto como mera técnica, tal como tínhamos a propósito do direito moderno, assumindo a estatura de um verdadeiro instrumento ético, sem que se deixe de reconhecer, no entanto, a sua estruturação igualmente técnica. Tal é o momento que ora se está a viver: formalismo-valorativo, em que a valores constitucionais impregnam a técnica do processo, escrevendo mesmo, como bem observa Vittorio Denti, um novo ‘capítulo de storia della mostra cultura giuridica’.” MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 20.

jurisdicionais¹⁰⁰. Essa *entidade jurídica*, que consegue conjugar duas características aparentemente antagônicas — unicidade e pluralidade —, é composta pelos seguintes predicados: *i. expansividade*, consistente na capacidade de condicionar a estrutura de quaisquer dos procedimentos previstos na legislação ordinária, a qual sempre deverá ser compatível com o modelo teórico; *ii. variabilidade*, denotando aptidão para assumir diversas formas, de acordo com os objetivos perseguidos; *iii. perfectibilidade*, indicando disposição para ser aperfeiçoado pela legislação infraconstitucional, passando a conviver com procedimentos não expressamente previstos no modelo constitucional¹⁰¹.

O justo processo assume, nessa medida, caráter interpretativo e integrativo e, além disso, condiciona, em nível de forte vinculação, a atividade dos operadores do direito quanto à criação, à interpretação e à aplicação da lei processual. Exatamente por isso, o justo processo pode ser enquadrado como princípio geral do ordenamento jurídico¹⁰², na medida em que não apenas

¹⁰⁰ ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997, p. 11.

¹⁰¹ Italo Andolina e Giuseppe Vignera assim descrevem as características que integram o justo processo: “Antes de tomar em consideração os elementos individuais (objetivos e subjetivos) do modelo constitucional do processo civil, é necessário destacar nesta sede as suas características gerais, que podem ser individuadas: a) na expansividade, consistente na sua idoneidade (derivado da posição primária das normas constitucionais na hierarquia das fontes) a condicionar a fisionomia de cada procedimento jurisdicional de cada procedimento introduzido pelo legislador ordinário, cuja (fisionomia) deve ser, de qualquer modo, compatível com as características desse modelo; b) na variabilidade, indicando a sua atitude de assumir formas diversas, de modo que a adaptação ao modelo constitucional (à obra do legislador ordinário) das figuras processuais que funcionam concretamente pode ocorrer de acordo com várias modalidades em vista da busca de propósitos específicos; c) na perfectibilidade, designando a sua idoneidade para ser aperfeiçoada pela legislação infraconstitucional, que (scilicet: no respeito, contudo, àquele modelo e em função da obtenção de objetivos específicos) pode muito bem construir procedimentos jurisdicionais caracterizados por (posteriores) garantias e institutos desconhecidos do modelo constitucional: pense-se, por exemplo, no princípio da economia processual, naquele do duplo grau de jurisdição e no da colegialidade e no instituto da coisa julgada.” ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997, p. 09-10 — tradução livre.

No original: “Prima di prendere in considerazione i singoli elementi (oggettivi e soggettivi) del modello costituzionale del processo civile, è doveroso evidenziare in questa sede i suoi caratteri generali, che possono individuarsi: a) nella espansività, consistente nella sua idoneità (conseguente alla posizione primaria delle norme costituzionali nella gerarchia delle fonti) a condizionare la fisionomia dei singoli procedimenti giurisdizionali introdotti da legislatore ordinario, la quale (fisionomia) deve essere comunque compatibile coi connotati di quel modello; b) nella variabilità, indicante la sua attitudine ad assumere forme diverse, di guisa che l’adeguamento al modello costituzionale (ad opera del legislatore ordinario) delle figure processual concretamente funzionanti può avvenire secondo varie modalità in vista del perseguimento di particolari scopi; c) nella perfettibilità, designante la sua idoneità ad essere perfezionato dalla legislazione sub-costituzionale, la quale (scilicet: nel rispetto, comunque, di quel modello ed in funzione del conseguimento di obiettivi particolari) ben può costruire procedimenti giurisdizionali caratterizzati da (ulteriori) garanzie ed istituti ignoti al modello costituzionale: si pensi, per esempio, al principio di economia processuale, a quello del doppio grado di giurisdizione, a quello della collegialità ed all’istituto della cosa giudicata.

¹⁰² Nesse sentido, Luigi Paolo Comoglio afirma que o direito de obter a tutela jurisdicional se eleva à categoria de princípio geral do ordenamento jurídico, com evidente capacidade de repercussão difusa, a nível interpretativo. Conforme se expressa: “Nessa perspectiva, o direito individual a um processo équo e justo (ou seja, a um processo devido) é inserido, por sua vez, no grupo dos princípios gerais do ordenamento e compartilha com

condiciona a compreensão e a estruturação do processo, mas congrega aqueles elementos indispensáveis à regular formação e ao válido desenvolvimento de qualquer técnica processual e procedimento¹⁰³.

Reconhece-se que o justo processo não representa uma cláusula de conteúdo prefixado e de rigidez abstrata, mas, ao contrário, uma fórmula gramatical de tessitura aberta, flexível e plástica, propositadamente planejada para que o operador do direito seja capaz de forjar e de manusear técnicas processuais idôneas à tutela dos direitos¹⁰⁴.

ele as mesmas capacidades de irradiação interpretativa, correspondendo a uma válida fórmula de síntese peremptória, à qual incorpora e reduz a uma unidade coerente as diferentes garantias, processuais e estruturais, analiticamente consagradas pela Constituição [...]” COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 206-207 — tradução livre.

No original: “In tale prospettiva, il diritto individuale ad un processo equo e giusto (ovvero ad un proceso debido) si inserisce, a sua volta, nel novero dei principi generali dell’ordinamento e ne condivide le identiche capacità di irradiazione interpretativa, corrispondendo ad una valida formula di sintesi ordinatoria, la quale incorpora e riduce ad unità coerente le diverse garanzie, procedurali e strutturali, consacrate analiticamente dalla Costituzione [...]”.

¹⁰³ Oportunas, as considerações formuladas por Érico Andrade: “O modelo constitucional de garantias processuais, por meio do trabalho da doutrina e da jurisprudência, se articula para constituir um verdadeiro conjunto orgânico de normas — ou modelo constitucional — que vai além da literalidade das garantias processuais constitucionais isoladas, e se impõe, definitivamente, como modelo de referência para compreensão do sistema processual regulado na legislação infraconstitucional. Torna-se propriamente um modelo constitucional de processo que, por si só, se articula para formar núcleo de garantias autônomas — ou de conceitos fundamentais autônomos —, o que se irradia por todo o sistema jurídico e constitui ponto de partida para interpretação e compreensão do ordenamento jurídico processual.” ANDRADE, Érico. *O mandado de segurança: a busca da verdadeira especialidade (proposta de releitura à luz da efetividade do processo)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 56.

¹⁰⁴ Italo Andolina e Giuseppe Vignera assim se expressam: “A possibilidade de utilizar o *due process* como garantia plástica e flexível de justiça no processo, tanto criminal quanto civil, bem como a consciência da historicidade da noção de correção processual e, portanto, de julgamentos baseados nela, são indubitavelmente descobertas da jurisprudência e da doutrina das últimas décadas.” VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile: due process of law* e art. 24 Cost.. Milano: A. Giuffrè Editore, 1973, p. 34 — tradução livre.

No original: “La possibilità di utilizzare il *due process* come garanzia plastica e flessibile di giustizia nel processo, sia penale che civile, come pure la consapevolezza della storicità della nozione di correttezza processuale e quindi dei giudizi basati su di essa, sono senza dubbio scoperte della giurisprudenza e della dottrina degli ultimi decenni.”.

No mesmo sentido, Luigi Paolo Comoglio afirma: “Que o modelo italiano de garantias constitucionais do processo seja flexível, dinâmico e intrinsecamente dotado de fortes capacidades expansivas, já é um fato, corroborado por um progressivo enriquecimento de conteúdos, graças a um extenso trabalho de ‘concretização’ interpretativa, desenvolvida pela Corte Constitucional desde 1956 até hoje.” COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 193 — tradução livre.

No original: “Che il modello italiano di garanzie costituzionali del processo sia flessibile, dinamico ed intrinsecamente dotato di forti capacità espansive, è ormai un dato di fatto, corroborato da un progressivo arricchimento di contenuti, grazie ad una estesa opera di ‘concretizzazione’ interpretativa, svolta dalla Corte costituzionale dal 1956 da oggi.”.

4.3 Ainda sobre a expansão teórica do modelo do justo processo: identificação do *dever imposto à comunidade jurídica*

Conforme se pôde observar, os contornos teóricos do justo processo não se exaurem com a positivação de garantias nas convenções e nos tratados internacionais e nem mesmo com a sua introdução no texto constitucional. Paralelamente ao ardoroso trabalho de textualização desse modelo teórico nos grandes instrumentos políticos, também se apresenta igualmente importante o compromisso de aprimoramento do justo processo, com o constante estudo sobre o tema por meio de pesquisas de qualidade, com a criação de procedimentos plenamente utilizáveis por meio da legislação ordinária e, ainda, com a correta interpretação e aplicação das normas processuais. Isto porque, de muito pouco vale a construção de todo o arcabouço teórico e a positivação de relevantes garantias sem que o modelo de justo processo se fizesse efetivamente presente na prática judiciária e no mundo do real.

O compromisso de constante aperfeiçoamento desse modelo teórico é perpassado pela ideia de que o justo processo carrega consigo significativa carga ética, tanto na regulação procedimental, quanto na formulação dos provimentos decisórios, representando, por um lado, o meio concreto de praticar o processo judicial delineado pela Constituição e, por outro lado, proporcionando a efetividade da tutela jurisdicional¹⁰⁵.

Percebe-se que a fórmula de justiça processual, consagrada no âmago do justo processo, se desdobra em dois aspectos diversos, mas que se entrelaçam para explicar a sua significância¹⁰⁶: *i.* as *técnicas processuais* devem ser formuladas e desenvolvidas a fim de

¹⁰⁵ De acordo com a perspectiva de Humberto Theodoro Júnior, “[...] a justiça do processo há de se manifestar na adequação do procedimento para bem solucionar o conflito, e na *qualidade* substancial do provimento, devendo tudo (i. é, procedimento e provimento) ser avaliado e otimizado à luz das *garantias constitucionais do processo*.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico*. Revista Magister de direito civil e processual civil, v. 6, n. 33, p. 5–18, nov./dez., 2009, p. 61.

¹⁰⁶ Cumprerem lembrar que, segundo Humberto Theodor Júnior, “O devido processo legal, no Estado Democrático de Direito, jamais poderá ser visto como simples procedimento desenvolvido em juízo. Seu papel é o de atuar sobre os mecanismos procedimentais de modo a preparar e proporcionar provimento jurisdicional compatível com a supremacia da Constituição e a garantia de efetividade dos direitos fundamentais. Há, de tal sorte, um aspecto *procedimental* do devido processo legal, que impõe a fiel observância, do contraditório e da ampla defesa, decorrência obrigatória da garantia constitucional do princípio da igualdade; e há também um aspecto *substancial*, segundo o qual a vontade concretizada pelo provimento jurisdicional terá de fazer prevalecer, sempre a supremacia das normas, dos princípios e dos valores constitucionais.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico*. Revista Magister de direito civil e processual civil, v. 6, n. 33, p. 5–18, nov./dez., 2009, p. 10-11.

Conforme observa Luigi Paolo Comoglio “Deve-se notar, no entanto, que, segundo o significado mais moderno, tais fórmulas [‘processo dovuto’, ‘processo in forma legale’, ‘processo stabilito’ o ‘regolato’ da forme ‘legali’] resultam em, ao mesmo tempo, garantias de legalidade processual e garantias de justiça substancial.” COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 243 — tradução livre.

propiciar uma correta e adequada prestação da tutela jurisdicional — plano procedimental; *ii*. os *provimentos jurisdicionais* hauridos nesses procedimentos devem estar compromissados com a promoção da justiça, entendida esta como a observância do regramento constitucional e legal estatuído por uma dada sociedade, outorgando tutela adequada aos direitos — plano substancial. O justo processo, para cumprir a sua relevante missão de unificação do fenômeno processual, tende ao equilíbrio entre as técnicas processuais e os tipos de tutela jurisdicional¹⁰⁷.

Constata-se, portanto, que uma das características fundamentais do modelo de justo processo — e que, assim, lhe distingue a tonalidade e lhe permite a constante evolução, acrescentando-lhe aspectos inovativos¹⁰⁸ — refere-se ao *mandamento, direcionado indistintamente à toda comunidade jurídica, de se desenvolver, tanto quanto possível, seja no campo da pesquisa e da compreensão do fenômeno jurídico, seja na seara criativa da legislação, seja no plano da interpretação ou, ainda, seja no momento da aplicação do direito, técnicas processuais idôneas à prestação de uma tutela jurisdicional especializada, necessariamente atrelada às necessidades reportadas pelo direito material, e, portanto, mais eficiente, produtora e justa.*

Conforme se pode observar, o referido ditame teórico subordina o seu enunciado ordinatório à consecução de um objetivo bem determinado: o desenvolvimento das técnicas processuais somente deve ocorrer *em função* da prestação de uma tutela jurisdicional adequada

No original: “Si badi, però, che, secondo il significato più moderno, in tali formule finiscono con il confluire, ad un tempo, sia garanzie di legalità procedurale, sia garanzie di giustizia sostanziale.”

¹⁰⁷ A observação é de Humberto Theodoro Júnior, para quem: “Na ideia de processo justo — anota COMOGLIO — insere-se, além das tradicionais figuras do juiz natural imparcial, do contraditório, da legalidade das formas e do compromisso com a ordem jurídica substancial, ‘uma afirmação, não menos categórica, da efetividade dos meios processuais e das formas de tutela obtíveis junto ao juízo’, aos quais se agrega, ainda, o compromisso com os valores de ‘correção, ‘equidade’ e ‘justiça procedimental’.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O compromisso do projeto de novo código de processo civil com o processo justo*. Revista Síntese de direito civil e processual civil, v. 12, n. 75, p. 9–43, jan./fev., 2012, p. 17.

¹⁰⁸ De acordo com Nicolò Trocker, é necessário que a doutrina, a jurisprudência e a legislação se utilizem das técnicas de interpretação e de integração para inovar o modelo teórico do justo processo: “Cabe agora à doutrina e à jurisprudência — bem como ao legislador — fazer com que a reforma expresse as implicações positivas de que é capaz, através de um compromisso construtivo a ser produzido sobre o plano da interpretação das várias normas colocadas em uso e sobre aquele da sua integração, a fim de evitar que a fórmula do justo processo se torne um mero slogan sem qualquer contribuição inovadora concreta ou, pior ainda, se torne a ocasião para uma espécie de corrida por questões de constitucionalidade supostamente levantadas.” TROCKER, Nicolò. *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 55, n. 2, p. 381–410, giugno, 2001, p. 410 — tradução livre.

No original: “Spetta ora alla dottrina e alla giurisprudenza - oltre che al legislatore - far esprimere alla riforma i risvolti positivi di cui è capace, attraverso un impegno costruttivo da produrre sul piano dell’interpretazione delle varie norme varate e su quello della loro integrazione, al fine di evitare che la formula del giusto processo diventi un semplice slogan senza alcun concreto apporto innovativo o, peggio ancora, diventi l’occasione per una sorta di corsa a questioni di costituzionalità pretestuosamente sollevate.”

à tutela dos direitos. De tal constatação — qual seja, de que o imperativo do justo processo não é finalístico, mas, sim, formalista-valorativo¹⁰⁹, munido de instrumentalidade metodológica¹¹⁰ — podem ser extraídas as seguintes observações: *i.* o mandamento do justo processo somente será cumprido se a técnica processual for suficientemente hábil para que a tutela jurisdicional seja adequada à resolução da crise de inadimplemento do direito material¹¹¹; *ii.* o mandamento

¹⁰⁹ O processo não é finalístico porque não encerra um fim em si mesmo. O processo, ao contrário, almeja um fim, que é a tutela dos direitos. Conforme explica Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “O processo é visto, para além da técnica, como fenômeno cultural, produto do homem e não da natureza. Nele os valores constitucionais, principalmente o da efetividade e o da segurança, dão lugar a direitos fundamentais, com características de normas principais. A técnica passa a segundo plano, como mero meio para atingir o valor. O fim último do processo já não é mais apenas a realização do direito material mas a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do caso. A lógica é argumentativa, problemática, da racionalidade prática.” OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 144.

No mesmo sentido, Hermes Zaneti Jr. e Camila de Magalhães Gomes assim esclarecem: “Contudo, o formalismo-valorativo vai além da visão do processo como técnica e diz ‘respeito à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as ‘formalidades’, mas voltando a atenção também aos poderes e deveres dos sujeitos processuais, bem como à ‘ordenação do procedimento e organização do procedimento e organização do processo’. É o movimento cultural destinado a nele (no processo) imprimir valores constitucionais, tendo por norte caráter axiológico da atividade dos operadores do Direito e, em especial, a busca pelo justo, o compromisso com a justiça e a visão de que o processo tem dimensão problemática e é instrumento ético, sem deixar de ter estrutura técnica. A questão agora é analisar o processo a partir de perspectivas constitucionais, e, em consequência disso, entender a inarredável configuração do próprio processo como um direito fundamental.” ZANETI JR., Hermes; GOMES, Camila de Magalhães. *O processo coletivo e o formalismo-valorativo como nova fase metodológica do processo civil*. Revista de direitos difusos, ADCOAS, v. 11, n. 53, p. 13–32, mar., 2011, p. 19.

Daniel Mitidiero também aponta que: “O processo vai hoje informado pelo formalismo-valorativo porque, antes de tudo, encerra um formalismo cuja estruturação responde a valores, notadamente aos valores encartados em nossa Constituição. Com efeito, o processo vai dominado pelos valores da justiça, participação leal, segurança e efetividade, base axiológica da qual ressaem princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação. Vale dizer: do plano axiológico ao plano deontológico.” MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 47.

¹¹⁰ De acordo com Carlos Alberto Salles, “A resposta da instrumentalidade metodológica é de estudar o processo a partir de um campo específico, de maneira a propiciar melhores condições para avaliação da resposta processual dada em situações de grande especificidade, permitindo uma interpretação, aplicação e adequação mais abalizadas das normas processuais.” Segundo o autor, “[...] com a proposta de instrumentalidade metodológica, aqui formulada, o estudo do processo deixa de estar confinado ao campo da exegese da norma processual — ou dos reflexos processuais da norma de direito material —, passando a estender-se às próprias peculiaridades da resposta que lhe é exigida em relação a uma área predefinida. Ocorre, portanto, um inegável alargamento do campo de investigação do processualista, muito embora esse alargamento seja — o que pode parecer paradoxal — direcionado a uma resposta de maior especificidade. O paradoxo, entretanto, não se confirma. A abertura do campo de conhecimento é, exatamente, condição para poder-se obter uma resposta de maior especificidade, isto é, de maior aderência às necessidades de um determinado contexto jurídico e social.” SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 23 e p. 26, respectivamente.

¹¹¹ Conquanto Michele Taruffo ressalte que a compreensão processo não possa ser reduzida tão somente à sua dimensão técnica, também reconhece que “[...] existe uma dimensão técnica do processo civil, e que esta dimensão é muito importante para o funcionamento dos mecanismos processuais e para a administração da justiça em geral. Também é verdade, por consequência, que se um processo é tecnicamente mal organizado, ele funciona mal e é ineficiente (na Itália existem numerosos exemplos disso, devido ao baixo nível técnico do legislador), enquanto um processo tecnicamente bem organizado tende a funcionar bem e a ser eficiente (fora da Itália há vários exemplos, como na Alemanha, Áustria e Espanha).” TARUFFO, Michele. *Cultura e processo*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 63, n. 1, p. 63–92, mar., 2009, p. 70.

restará irremediavelmente frustrado se a técnica processual se apresentar, por qualquer motivo, inidônea à prestação da tutela jurisdicional para uma dada situação jurídica de direito material¹¹².

Percebe-se, portanto, que, a partir do modelo do justo processo, toda a comunidade jurídica passa a ter o *dever*, irrenunciável e intransferível, de proporcionar, nas mais diversas áreas de atuação, o máximo desenvolvimento e o melhor rendimento às técnicas processuais e, ainda, a realização da justiça na prestação da tutela jurisdicional, que tem de ser adequada, em grau de máxima especialidade, à solução da crise de direito material e ao resguardo do ordenamento jurídico¹¹³.

Referido *dever* — ou seja, a relação jurídica de *estar obrigado a cumprir determinada prestação*¹¹⁴ — decorre da garantia constitucional de acesso ao sistema de justiça¹¹⁵, incluída

No original: “[...] esiste una dimensione tecnica del processo civile, e che questa dimensione è assai importante per il funzionamento dei meccanismi processuali e per l’amministrazione della giustizia in generale. È anche vero, di conseguenza, che se un processo è tecnicamente mal congegnato funziona male ed è inefficiente (in Italia vi sono numerosi esempi di ciò, dovuti allo scarso livello tecnico del legislatore), mentre un processo tecnicamente ben congegnato tende a funzionare bene e ad essere efficiente (fuori dall’Italia ve ne sono vari esempi, come in Germania, in Austria e in Spagna).”

¹¹² Para Robson Renault Godinho, “O manejo equivocado de técnicas cientificamente primorosas é tão ou mais desastroso que sua ausência. Por essa razão, ao lado da preocupação com a construção de modelos legislativos tecnicamente adequados, é necessário encarecer a importância fundamental do correto manejo da técnica processual. No que se refere especificamente ao tema deste trabalho, por exemplo, a técnica é fundamental não só para que evitar obstáculos de admissibilidade, mas também, e principalmente, para que sejam identificadas com precisão as hipóteses em que realmente deve ser considerada inadmissível a tutela jurisdicional.” GODINHO, Robson Renault. Técnica processual e tutela de direitos: anotações sobre a admissibilidade da tutela jurisdicional. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 884.

¹¹³ Conforme preciosíssima lição de Humberto Theodoro Júnior, “[...] ao cientista e ao aplicador do Direito, incumbe, nesta ordem de idéias, missão que vai muito além do conhecimento das leis em vigor, já que se lhes atribui, na realidade, o encargo de aperfeiçoá-las mediante harmonização dos textos esparsos, organização de um sistema global coerente, preenchimento de lacunas, e, mormente, fixação de sentido e alcance que as necessidades concretadas da vida exigem e que não foram previstos, ou o foram deficientemente, pelo legislador.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Princípios gerais do direito processual civil*. Revista Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, v. 11, ano VI, p. 21/40, jan./dez. 1980, p. 24.

¹¹⁴ Conforme explica Orlando Gomes, já na primeira edição de sua obra: “A afirmação de que a obrigação constitui um *vínculo jurídico* não é redundante. Explica-se a qualificação do *vínculo* para distinguí-la de outras relações que não configuram sujeição de direito como, v.g., os deveres puramente morais. Elemento decisivo da definição é a *prestação*. Para que a *relação obrigacional* se estruture, mister se faz que uma das *partes* fique adstrita a *dare, facere* ou *prestare* [...]”. O mencionado autor, em outra passagem, afirma, que a relação obrigacional “se poderia definí-la, conforme o ensinamento de LARENZ, como a relação jurídica pela qual duas ou mais pessoas se obrigam e adquirem o direito de exigir determinadas prestações.” GOMES, Orlando. *Obrigações*. São Paulo: Forense, 1961, p. 20 e p. 21-22, respectivamente.

¹¹⁵ A Constituição da República Federativa do Brasil é clara ao prever a garantia de acesso ao sistema de justiça, nos seguintes: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXV — a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2019 [1988]. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/norma/579494/publicacao/16434817>>. Acesso em: 22 out. 2019

no núcleo duro do justo processo, na medida em que a tutela dos direitos somente se torna viável mediante a instrumentalização adequada¹¹⁶. Logo, o processo, para bem realizar a missão que lhe atribui o ordenamento jurídico, deve contar com instrumentos plenamente utilizáveis, pensados a partir da realidade cultural para a qual será aplicado, tendo sempre em mira as peculiaridades do direito material.

O legislador ordinário, nesse sentido, está obrigado, por expressa determinação constitucional, a instituir técnicas processuais idôneas para permitir que o requerente da tutela jurisdicional a obtenha de forma adequada e em tempo razoável, sempre levando-se em consideração os aspectos culturais envoltos àquela determinada temática¹¹⁷. Os demais integrantes do processo de concretização das normas processuais, por força do mesmo comando constitucional, se encontram igualmente imbricados nesse empreendimento, devendo realizar

Para Luiz Guilherme Marinoni, o direito de acesso à justiça constitui uma das facetas do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, sendo certo que “Esse último tem várias faces, garantindo, entre outros, o direito de pedir a tutela jurisdicional (o clássico direito de ação), o direito de acesso à justiça e o direito à técnica processual adequada. De modo que o direito de acesso à justiça, além de garantir o acesso ao Poder Judiciário a todos, independentemente de suas condições econômicas, igualmente garante a técnica processual idônea à tutela do direito material. [...] É por isto que o direito de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF) incide sobre o legislador — que resta obrigado a traçar ‘formas de justiça’ (órgãos jurisdicionais diferenciados) e procedimentos diferenciados para permitir o efetivo acesso ao Poder Judiciário das camadas da população economicamente menos favorecidas — e sobre o juiz, atribuindo-lhe o dever de compreender as regras processuais à luz do direito de acesso à justiça.” MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 551.

¹¹⁶ A justificativa para que a instrumentalidade técnica do processo seja plenamente adequada à tutela dos direitos — mandamento irrenunciável no modelo de processo justo — também decorre da obrigação imposta ao Estado de franquear acesso ao sistema de justiça, já que, conforme adverte Humberto Theodoro Júnior, “[...] tendo sido expressamente esposado o princípio do monopólio estatal da Justiça, através do Poder Judiciário, e tendo sido assegurado o direito subjetivo público à prestação jurisdicional a todos os indivíduos e para a tutela de todo e qualquer direito subjetivo lesado ou ameaçado de lesão, claro é que esses direitos subjetivos constitucionais pressupõem uma instrumentalização adequada.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*. Rio de Janeiro: AIDE, 1987, p. 66.

¹¹⁷ Italo Andolina e Giuseppe Vignera admitem o dever existente por parte do legislador infraconstitucional de positivar as regras mais adequadas à tutela do direito, fazendo a seguinte afirmação: “Reconhecendo, de fato, a todos, a possibilidade de agir em juízo pela proteção de seus direitos e interesses legítimos, o primeiro parágrafo do art. 24 da Constituição pretendeu afirmar (por um lado) que o legislador infraconstitucional tem o dever de predispor mecanismos idôneos para assegurar (scilicet: nos limites do possível e em relação aos valores constitucionais equivalentes ou prevalentes) a realização jurisdicional (id est: coativa) dos interesses reconhecidos pelo ordenamento; e que (por outro lado) o titular de um interesse jurídico insatisfeito tem o direito de obter a atuação coercitiva: isto é, ele pode (se quiser) pedir a proteção jurisdicional, mas, se solicitada, ele deve obtê-la.” ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997, p. 102-103. No original: “Riconoscendo, infatti, a tutti la possibilità di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi, il primo comma dell’art. 24 Cost. ha inteso affermare (da un lato) che il legislatore sub-costituzionale ha il dovere di predisporre meccanismi idonei ad assicurare (scilicet: nei limiti del possibile e nel rispetto degli valori costituzionali equivalente o prevalenti) la realizzazione giurisdizionale (id est: coattiva) degli interessi riconosciuti dall’ordinamento; e che (dall’altro lato) il titolare di un interesse giuridico insoddisfatto ha il diritto di conseguire l’attuazione coattiva: può cioè (se lo vuole) chiederne la tutela giurisdizionale, ma, se l’ha domandata, deve ottenerla.”

interpretação e a praticar aplicação criativas, dinâmicas e evolutivas das técnicas processuais, atentando-se às particularidades do caso concreto examinado¹¹⁸.

A doutrina processual já se manifestou, em diversas oportunidades, sobre a existência do referido *dever*, deduzido a partir do direito de ação. Parte-se do inexorável raciocínio de que o direito de ação, compreendido a partir das garantias constitucionais de acesso à justiça e do devido processo legal (incisos XXXV e LIV do artigo 5º da CR/88), não pode ser compreendido senão como o direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, prestada mediante processo justo, tendo como corolário o direito ao procedimento adequado e o direito às técnicas processuais idôneas à tutela de quaisquer direitos, com ênfase ao trabalho desempenhado pelo legislador ordinário e pelo juiz¹¹⁹.

¹¹⁸ Para Vincenzo Vigoriti, “Não é necessário repetir aqui como os caracteres da norma fundamental impõem ao operador, que realmente deseja concretizar o comando no ordenamento, uma interpretação criativa, dinâmica e acentuadamente evolutiva, uma interpretação que, por certo, não pode ser ‘domada’, cristalizada em conteúdos fixos, sempre ‘verdadeiros’, mas que, em vez disso, é continuamente confirmada e verificada caso a caso, efetivamente, fora de esquemas a serem respeitados a qualquer custo. Tanto a experiência americana quanto a italiana demonstram como esse tipo de interpretação causou, senão outros, a superação de um modo formalístico e servil de entender e aplicar as normas. E isso sem perder o rigor científico, sem cair em um decisionismo equitativo estéril, sem se tornar uma mera fantasia literária.” VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile: due process of law* e art. 24 Cost.. Milano: A. Giuffrè Editore, 1973, p. 04. No original: “Non è necessario ripetere qui come i caratteri della norma fondamentale impongano all’operatore, che veramente ne voglia concretizzare il comando nell’ordinamento, un’interpretazione creatrice, dinamica, accentuatamente evolutiva, un’interpretazione quindi che per certo non può essere ‘domata’, cristallizzata in contenuti fissi, sempre ‘veri’, ma che va invece continuamente accertata e verificata caso per caso, in concreto, fuori da schemi da rispettare ad ogni costo. Sia l’esperienza statunitense che quella italiana dimostreranno come questo tipo di interpretazione abbia provocato se non altro il superamento di un modo formalístico e servile di intendere ed applicare le norme. E questo senza perdere rigore scientifico, senza cadere in uno sterile decisionismo equitativo, senza trasformarsi in mera fantasia letteraria.”

¹¹⁹ O que importa, nesse ponto, é a caracterização e a demonstração da existência do referido *dever*, o qual é imposto a diversos atores que participam do processo de desenvolvimento das técnicas processuais e de especialização da tutela jurisdicional. As passagens que seguem bem auxiliam a confirmação de que, a partir do justo processo e das garantias positivadas no texto constitucional, a comunidade jurídica se encontra obrigada ao cumprimento do dever de desenvolver técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos. Na visão de Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Sérgio Cruz Arenhart, “[...] o processo civil tem de se adequar às necessidades de tutela evidenciadas pelas especificidades do direito material afirmado em juízo. É tarefa do legislador na concepção legal do procedimento e do juiz na condução do processo responder a essa *necessidade de adequação* da tutela jurisdicional. Ao desempenhá-la, a *técnica processual* deve ser evidentemente pensada na perspectiva da *tutela dos direitos* — do contrário, o processo civil corre o risco de se converter em um procedimento desorientado e indiferente aos seus fins, em que a sua finalidade é esfumada pela ausência de sua efetiva percepção.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v. 2. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 44.

Em outra passagem, Luiz Guilherme Marinoni afirma que “[...] o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, quando se dirige contra o juiz, não exige *apenas a efetividade da proteção dos direitos fundamentais*, mas sim que a tutela jurisdicional seja prestada de maneira efetiva *para todos os direitos*. Tal direito fundamental, por isso mesmo, não requer *apenas técnicas e procedimentos adequados à tutela dos direitos fundamentais*, mas *técnicas processuais idôneas à efetiva tutela de quaisquer direitos*. De modo que a resposta do juiz não é apenas uma forma de dar proteção aos direitos fundamentais, mas uma maneira de se conferir tutela efetiva a toda e qualquer situação de direito substancial, inclusive aos direitos fundamentais que não requerem proteção, mas somente prestações fáticas do Estado (prestações em sentido estrito ou prestações

O que deve ficar claro é que, se se trata de um *dever* — ou seja, “a comunidade jurídica está obrigada a cumprir a prestação de tutela adequada dos direitos” —, não se faculta à parte obrigada a opção de descumprir o comando que lhe é dado; ao contrário, trata-se de obrigação irrenunciável e intransferível, sendo certo que o seu inadimplemento representa indisfarçável omissão inconstitucional¹²⁰.

A partir dessas premissas, conclui-se que a comunidade jurídica — expressão com a qual amplia-se o rol dos sujeitos que participam do processo de concretização das normas processuais, na medida em que equipara o papel do pesquisador e do doutrinador àquele realizado pelo legislador e pelo juiz — é responsável pela assimilação e, posteriormente, pela resolução, no âmbito da ciência processual, das múltiplas necessidades reportadas pelo ordenamento jurídico, decorrente dos direitos dos indivíduos, e, inclusive, do crescente movimento de reconhecimento de novos direitos aos sujeitos. Nesse sentido: o pesquisador *deve* conduzir a pesquisa de modo a identificar essas necessidades e de conjecturar quais seriam as técnicas mais adequadas para satisfazê-las; o legislador, com o material fornecido pela pesquisa acadêmica e atento à realidade cultural que o circunda, *deve* prescrever a técnica mais adequada àquela realidade jurídica substancial; o estudioso do direito *deve*, a partir do texto legislado, realçar a melhor e mais produtora alternativa hermenêutica que pode ser extraída da técnica processual, dentre as diversas possibilidades interpretativas; o juiz *deve*, a partir dos trabalhos que o precederam, aplicar a técnica processual de modo a conceder-lhe o melhor rendimento possível, sempre com mira à tutela efetiva dos direitos.

Tal mandamento do justo processo decorre do assinalado preceito que determina a “adequação das formalidades essenciais do procedimento”¹²¹ e pode ser desmembrado em dois

sociais).” MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 144-145.

Para o mencionado autor, “O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide sobre o legislador e o juiz, ou seja, sobre a estruturação legal do processo e sobre a conformação dessa estrutura pela jurisdição. Assim, obriga o legislador a instituir procedimentos e técnicas processuais capazes de permitir a realização das tutelas prometidas pelo direito material e, inclusive, pelos direitos fundamentais materiais, mas que não foram alcançadas à distância da jurisdição.” MARINONI, Luiz Guilherme. *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. Revista da Escola Nacional da Magistratura, v. 1. ano 1, n. 1, p. 68–81, abr., 2006, p. 68-69.

¹²⁰ Luiz Guilherme Marinoni, discorrendo sobre a idoneidade da técnica processual para a efetividade tutela dos direitos, afirma que o processo deve cumprir os desígnios do direito material, o que, em última análise, implica reconhecer que “a ausência de técnica processual adequada para certo caso conflitivo concreto representa hipótese de omissão que atenta contra o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 146.

¹²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*. Rio de Janeiro: AIDE, 1987, p. 59-64.

imperativos distinguíveis: o desenvolvimento de técnicas processuais e a especialização da tutela jurisdicional. A obediência a esses dois comandos permite que o modelo do justo processo assumira uma forma fluída em sua constante evolução teórica. Isso se torna possível na medida em que ele sempre estará municiado de técnicas processuais hábeis para a tutela dos direitos e, ainda, se encontrará atualizado quanto as necessidades anunciadas pelo direito material. No conseqüente, viabiliza que o processo cumpra a promessa constitucional formulada no sentido do Poder Judiciário sempre apreciar, mediante o devido processo legal, qualquer tipo de lesão ou ameaça a direito (incisos XXXV e LIV do artigo 5º da CR/88).

4.3.1 Primeiro imperativo do justo processo: o desenvolvimento de técnicas processuais idôneas para a realização do procedimento justo

O direito de acesso à justiça, garantido em nível constitucional e integrante do programa normativo do modelo de processo justo, pressupõe que o processo disponha de expedientes procedimentais adequados, hábeis e idôneos à prestação de uma forma especial de tutela jurisdicional, completamente voltada para as necessidades prenunciadas pelo direito material¹²². Justamente por isso, mostra-se imprescindível — ou, melhor, imperativo — que a comunidade jurídica desenvolva novas técnicas processuais, descobrindo e implementando proposições à adequada estruturação do processo¹²³.

Quando da arquitetura da técnica processual e, pois, do adimplemento do imperativo exarado pelo modelo do justo processo, a comunidade jurídica deve estar consciente quanto à impossibilidade e a inadequação de se pretender o estabelecimento de métodos únicos ou conglobantes. Ao contrário, os operadores do direito devem se conscientizar de que as técnicas

¹²² Cândido Rangel Dinamarco pontua, nesse sentido, que “[...] o processo é instrumento a serviço do direito substancial e isso justifica a preocupação de oferecer meios eficazes e seguros para que a busca seja produtiva e o direito substancial cumprido.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 233.

¹²³ Humberto Theodoro Júnior alerta para a necessidade de se buscar o aperfeiçoamento do instrumental jurídico do processo para o regular desempenho de sua tarefa político-institucional, advertindo, ainda, “[...] para a imperiosa necessidade de mudarem-se os rumos da doutrina a fim de que se possam buscar e definir remédios novos que venham a pôr fim ao notório conflito hoje instalado entre a Justiça estatal e os anseios da sociedade”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*. Rio de Janeiro: AIDE, 1987, p. 9.

De igual forma, Érico Andrade destaca que “A doutrina processual passa a se preocupar com novas técnicas processuais, voltadas a realizar o direito material em clima de maior eficiência e efetividade, num menor espaço de tempo possível, sem perder de vista o contexto do contraditório e do direito de defesa. Trata-se em poucas palavras, como destaca a doutrina italiana, de operacionalizar a garantia constitucional do ‘justo processo’, mediante equilíbrio e harmonização de toda a principiologia processual que hoje encontra residência na Constituição.” ANDRADE, Érico. *A técnica processual da tutela sumária no direito italiano*. Revista de Processo online, v. 35, n. 179, p. 175–215, jan., 2010, p. 01-02.

processuais tem de ser variáveis¹²⁴ e que a medida de sua variabilidade é proporcional à diversificação das *necessidades do direito material*¹²⁵. Logo: *i.* quanto mais diversificadas forem as necessidades do direito material, maior será a exigência de se criar uma técnica própria para a prestação da tutela jurisdicional; *ii.* quanto menos voláteis forem as necessidades do direito material, menor será a exigência de criação de técnicas específicas e mais provável será a atração daquele direito pela força gravitacional dos procedimentos padrões, ordinários ou comuns.

Nesse sentido, o desenvolvimento das técnicas processuais deve orientar-se no sentido de torná-las instrumentos específicos à prestação de tutela jurisdicional adequada às

¹²⁴ Humberto Theodoro Júnior afirma que o procedimento “terá de flexionar ou variar para que a tutela seja a mais adequada possível em termos do direito material a ser atuado ou resguardado, segundo as características da situação conflituosa concreta. Somente por meio dessa perfeita adequação do sistema procedimental às exigências do direito substancial em jogo é que se poderá admitir a efetividade do acesso à tutela garantida àquele que se vê envolvido numa situação jurídica conflituosa.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Estrutura e função no campo do direito processual — visão estática e visão dinâmica do fenômeno jurídico*. In: ————; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Tutelas diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 13.

Italo Andolina e Giuseppe Vignera, fazendo menção à sentença proferida pela Corte Constitucional italiana — sentença de n. 64, de 28 de novembro de 1.961 —, assim abordam o tema referente à variabilidade das técnicas processuais: “O princípio da igualdade, destinado evidentemente a impedir que em detrimento dos cidadãos sejam dispostas discriminações arbitrárias pela lei, não pode significar que o legislador seja obrigado a dispor para todos uma idêntica disciplina, devendo, pelo contrário, ser autorizado a adequar as normas jurídicas aos vários aspectos da vida social, ditando normas diversas para situações diversas, uma vez que um ordenamento no qual não se distinga situação por situação e todas as situações são consideradas da mesma forma terminaria essencialmente por não dispor regra alguma.” ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997, p. 133.

No original: “Il principio di uguaglianza, diretto evidentemente ad impedire che a danno dei cittadini siano dalla legge disposte discriminazioni arbitrarie, non può significare che il legislatore sia obbligato a disporre per tutti una identica disciplina, mentre, al contrario, deve essergli consentito di adeguare le norme giuridiche ai vari aspetti della vita sociale, dettando norme diverse per situazioni diverse, giacchè un ordinamento il quale non distingua situazione da situazione e tutte le situazioni consideri allo stesso modo finirebbe in sostanza col non disporre regola alcuna.”

¹²⁵ De acordo com a proposta de Luiz Guilherme Marinoni, “para analisar a efetividade do processo no plano do direito material e, assim, sua concordância com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, é imprescindível tomar consciência das necessidades que vêm do direito material, as quais traduzem diferentes desejos de tutela. É preciso compreender e identificar essas tutelas, para que então se possa pensar na técnica processual idônea para atendê-las. É que o processo, diante de determinada construção legal, pode não constituir técnica capaz de efetivamente responder ao direito material.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 114.

Em outra oportunidade, o mencionado autor, assim expressa seu entendimento: “Perceba-se que ‘tutela’ significa o resultado jurídico-substancial do processo, representando o impacto do processo no plano do direito material. Quando se teoriza o temas das ‘tutelas’, tem-se em mira exatamente a imprescindibilidade da identificação das situações de direito material para a compreensão crítica da lei processual e para o delineamento das técnicas processuais capazes de outorgar efetividade à prestação jurisdicional e, assim, colocá-la em uma dimensão realmente capaz de concretizar o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Idéias para um “renovado direito processual”*. In: CARNEIRO, Athon Gusmão; CALMON, Petrônio. *Bases Científicas para um renovado Direito Processual*. v. 01. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008, p. 131.

necessidades de proteção de direito material constatadas¹²⁶. Deve ser ressaltado que a previsão de vários procedimentos para a composição dos litígios não quebra o tratamento isonômico de todos perante a lei; ao contrário, para que a tutela jurisdicional seja eficaz para todos, é necessário que a sua forma prática varie conforme se diversificam as situações jurídicas e fáticas sob as quais o litígio se instala¹²⁷.

A criação e o desenvolvimento de técnicas processuais não podem, todavia, descambar para o formalismo exacerbado a ponto de se tornar um empecilho à tutela jurisdicional e à efetivação dos direitos. Deve ser encontrado o ponto de equilíbrio, de modo que a busca por mecanismos processuais seja sempre destinada a conferir à tutela jurisdicional o maior grau de efetividade possível e nunca a obstar a finalidade última do processo¹²⁸.

Cumprido, ainda, registrar que a técnica processual, a partir da confluência semântica quanto ao seu conceito¹²⁹, exerce função intermediadora entre uma dada situação de crise de

¹²⁶ Humberto Theodoro Júnior assinala que “o aprimoramento das técnicas processuais deu-se, portanto, no rumo de torná-las, cada vez mais, instrumentos utilizáveis sempre para condicionar a atuação dos órgãos judiciais em conformidade com a Constituição”, motivo pelo qual espera-se que a Justiça pública “esteja, sobretudo, preocupada com a eficácia das normas constitucionais por meio de instrumentos processuais específicos e adequados.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Constitucional*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Tratado de direito constitucional*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 722.

¹²⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Estrutura e função no campo do direito processual — visão estática e visão dinâmica do fenômeno jurídico*. In: ————; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Tutelas diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 24.

¹²⁸ Eduardo Couture aponta que o processo tem uma finalidade que interessa à comunidade, consistente “em garantir a efetividade integral do direito. O processo é um instrumento de produção jurídica e uma forma incessante de realização do direito. Este se realiza, positivamente, nas sentenças judiciais e a elas se chega apenas mediante o processo”. COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. Rio de Janeiro: Konfino, 19---, p. 68.

¹²⁹ Em relação à expressão “técnica”, sem a adjetivação jurídica, o seu significado quer indicar “[...] o conjunto de regras, ou de preceitos, que devem ser seguidos, ou atendidos, na execução de qualquer coisa, que está adstrita ou se cinja à arte ou à ciência. Cada arte, ou cada ciência, pois, possui a sua técnica, a ser aplicada na realização de quaisquer fatos, que lhe sejam pertinentes.” SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Atualização de Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 1370.

No que diz respeito, especificamente, à expressão “técnica processual”, Aroldo Plínio Gonçalves explica que “A noção geral de técnica é de conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados, de procedimentos idôneos para a realização das finalidades. É bastante difundida a concepção de que a adequação dos meios aos fins, a idoneidade do procedimento, que estão na própria concepção de técnica, supõem o conhecimento da eficácia dos meios adotados para a realização do fim, como se lê em Eduardo García Máynez, que sustenta que toda técnica genuína deve encontrar-se iluminada pelas luzes da Ciência, e, por isso, toda técnica é de índole científica, pois uma técnica não científica não é técnica, porque se torna incapaz de cumprir o seu destino.” GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: DelRey, 2012, p.16.

De igual forma, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira resalta que, para aquilo que interessa à ciência processual, a partir do caráter instrumental do ordenamento jurídico, extrai-se que “[...] a técnica jurídica visa ao conjunto de meios e procedimentos para garantir a realização das finalidades gerais ou particulares do direito.” OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 144.

Para José Roberto dos Santos Bedaque, a técnica processual deve ser concebida como as “exigências formais ao desenvolvimento do processo, tanto em relação aos atos processuais como ao próprio julgamento de mérito

direito material e a respectiva resolução jurisdicional dessa problemática. Justamente por se localizar no entremeio do problema e da solução, a técnica processual assume caráter eminentemente instrumental e, portanto, compreende os mais diversificados expedientes processuais, compostos por metódica necessariamente adequada, a serem manuseados pelos operadores do processo, com o objetivo de tornar possível a obtenção de tutela jurisdicional especializada e efetiva. Trata-se, portanto, da *tecnologia* que operadores do direito utilizam para fazer *atuar* o direito material.

O objetivo maior a ser alcançado com o desenvolvimento de técnicas processuais idôneas é estruturar adequadamente o processo, consubstanciando um procedimento justo suficientemente capaz de conseguir um provimento justo. Nessa imbricação entre os planos procedimental e substancial reside a justificativa para desenvolver, para especificar e para inovar as técnicas processuais. Vê-se, portanto, que o próprio imperativo do justo processo não é asséptico; ao contrário, ele também tem uma finalidade específica, qual seja, constituir um instrumento técnico-jurídico por meio do qual se possa obter a proteção, com justiça, das situações jurídicas de vantagem¹³⁰, bem como legitimar a atividade jurisdicional¹³¹.

(requisitos de admissibilidade do exame do mérito)". O mencionado autor, afirma, ainda, que "a técnica processual, em última análise, destina-se a assegurar o justo processo, ou seja, aquele desejado pelo legislador ao estabelecer o modelo constitucional ou devido processo constitucional". BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 79 e p. 26, respectivamente.

¹³⁰ Para Italo Andolina e Giuseppe Vignera, "O direito de agir em juízo para obter a proteção de suas próprias posições jurídicas de vantagem se concretiza fundamentalmente no poder de se valer do instrumento técnico-jurídico, através do qual vem formado o ato (jurisdicional) que fornece a tutela solicitada: esse instrumento — desnecessário dizer — é o processo." ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997, p. 71-72— tradução livre.

No original: "Il diritto di agire in giudizio per ottenere la protezione delle proprie posizioni giuridiche di vantaggio si concreta fundamentalmente nel potere di avvalersi dello strumento tecnico-giuridico, attraverso cui viene formato l'atto (giurisdizionale) erogatore della richiesta tutela: tale strumento — inutile dirlo — è il processo."

¹³¹ Para Marcelo Veiga Franco, "[...] as *garantias processuais constitucionais*, além de consistirem em *fundamento* da jurisdição, também conferem *legitimidade* à atuação dos juízes no âmbito da jurisdição ordinária. Ao atuar como mecanismos de controle da atividade jurisdicional, o devido processo legal legitima a jurisdição *a partir das garantias constitucionais do processo*, com a finalidade de proteção dos direitos fundamentais. A legitimidade democrática da jurisdição reside na vinculação do Judiciário à *estrutura constitucional* do devido processo legal e está calcada no respeito às garantias fundamentais que representam a materialização, no processo, da democracia, da cidadania, da soberania popular e da dignidade da pessoa humana. FRANCO, Marcelo Veiga. *Processo justo: entre efetividade e legitimidade da jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 14.

4.3.2 As funções desempenhadas pela comunidade jurídica no desenvolvimento da tecnologia processual: compreensão, criação, interpretação e aplicação

Sem a consciência de que o desenvolvimento da técnica processual deve ser empreendido de acordo com a variabilidade e as necessidades do direito material, o adimplemento do dever imposto pelo justo processo jamais será bem-sucedido e as funções desempenhadas pelos operadores do direito serão inefetivas e, por isso mesmo, danosas à tutela dos direitos. Em sentido exatamente oposto, pode-se deduzir que a identificação e a exploração das funções atribuídas à comunidade jurídica são auxiliares importantes no cumprimento do dever de desenvolvimento de técnicas processuais adequadas.

Constata-se, portanto que o dever imposto à comunidade jurídica deve ser adimplido nos mais diversos campos de atuação, que compreendem desde a assimilação das múltiplas necessidades reportadas pelo ordenamento jurídico, decorrente dos direitos dos indivíduos, até a sua completa resolução, no âmbito do direito processual¹³². A técnica processual, utilizada para resolver as crises apresentadas em sociedade, é composta de fases distintas, com finalidades não coincidentes, mas entrelaçadas por um propósito comum: o desenvolvimento de um método adequado para que o Estado possa tutelar o direito material violado ou ameaçado de lesão.

Bem por isso, afirma-se, desde logo, que a eficácia e a idoneidade da técnica processual são diretamente proporcionais ao exaurimento das fases que a compõem — o que, por consequência, também acaba por permitir o adimplemento do dever imposto pelo justo processo —: *i.* a técnica processual desenvolvida será tanto mais eficaz quanto melhor forem consumidas e esgotadas as fases que compõem o seu desenvolvimento; *ii.* a técnica processual será tanto menos eficaz quanto menos adequadamente forem realizadas as fases de seu desenvolvimento, sendo que o mau desempenho de uma fase antecedente implica prejuízos a fase posterior e, por consequência, a todo o processo de criação da técnica.

Essas fases, que entre si estabelecem relação de encadeamento, podem ser assim identificadas: *i.* a compreensão das necessidades do direito material, por meio do trabalho

¹³² De acordo com Cândido Rangel Dinamarco, “quando se passa à introspecção do próprio sistema processual e se procura num primeiro tempo criar, depois compreender e finalmente bem empregar os meios que compõem o seu mecanismo, então é especialmente da técnica processual que se está cuidando. Técnica processual é, nessa ótica, a *predisposição ordenada de meios destinados à realização dos escopos processuais.*” DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 225-226.

desenvolvido pelo pesquisador do direito; *ii.* a criação da técnica processual, pelo ofício do legislador federal; *iii.* a interpretação da técnica processual, pela doutrina e pelos estudiosos do direito; *iv.* a aplicação da técnica processual ao caso concreto, pelo juiz.

A primeira etapa do desenvolvimento da técnica processual — compreensão do fenômeno social — tem por finalidade examinar, com o auxílio de metodologia científica apropriada, os elementos que compõem aquele dado fenômeno jurídico. O exame criterioso feito pelo pesquisador do direito objetiva compreender a natureza, a causa e as múltiplas variáveis que entremeiam aquela determinada realidade estudada¹³³. Quando a pesquisa se desenvolve sob a perspectiva do direito processual — ou seja, a fim de permitir que a solução do problema seja alcançada mediante o processo jurisdicional —, constata-se que o campo de atuação do pesquisador se diversifica em função das peculiaridades de uma dada sociedade, em um dado momento histórico. A empreitada desenvolvida pelo pesquisador nessa fase é de vital importância para o bom desempenho da técnica processual que será construída. Isso porque, somente por meio do trabalho desenvolvido pelo pesquisador é que se torna possível identificar as *necessidades de tutela* presentes naquele recorte de realidade social. Apenas a partir da catalogação dessa problemática, com a determinação das causas da disfuncionalidade do processo, é que será possível apontar soluções que sejam plausíveis, coerentes e, acima de tudo, adequadas para a resolução eficiente do problema.

A segunda fase do desenvolvimento da técnica processual — positivação do método — tem por objetivo precípuo esquadrihar, na seara da legística¹³⁴, o expediente processual mais

¹³³ Exatamente nesse sentido Alfredo Galliano afirma que: “Quando estuda um fato, a Ciência trata de analisá-lo. Para isso decompõe o todo em partes — não necessariamente nas menores partes em que o todo admite divisão. Tal decomposição tem o propósito de descobrir os elementos da totalidade e as interligações que justificam sua integração, a unidade da totalidade. A Ciência ocupa-se de problemas circunscritos e vale-se de sua análise mais como um instrumento para construção de sínteses teóricas. Sua investigação começa pela decomposição do objeto para tentar descobrir qual é a estrutura ‘mecânica’ do objeto observado. Mas a análise não termina com a descoberta e a análise dos elementos componentes do ‘mecanismo’ — ela prossegue na observação da inter-relação das partes. Finalmente, ao sintetizar seu exame, a Ciência trata de reconstruir o todo, mas o faz em termos das partes interligadas. Por essa razão não aceita a pretensão de que uma síntese pode ser obtida sem a prévia realização da análise.” In: GALLIANO, Alfredo Guilherme. *O método científico: teoria e prática*. São Paulo: Harbra, 1979, p. 26.

¹³⁴ André Sathler Guimarães e Ricardo de João Braga, ao refletirem sobre os limites e as propriedades essenciais conceito de legística, tomam por referencial o conceito de processo legislativo. Ao final de suas considerações, os autores concluem que legística pode ser definida como sendo o “conjunto de ações realizadas pelos órgãos do poder legislativo com o objetivo de proceder à elaboração das leis, sejam elas constitucionais, complementares e ordinárias, bem como as resoluções e decretos legislativos”. BRAGA, Ricardo de João; GUIMARÃES, André Sathler. *Legística: Inventário semântico e teste de estresse do conceito*. Revista de informação legislativa, v. 48, n. 191, p. 81-97, jul./set. 2011, p. 87.

No mesmo sentido, Fabiana de Menezes Soares, ao analisar a legística sob duas perspectivas distintas — a formal e a material —, afirma que “a Legística Material reforça a faticidade (ou realizabilidade) e a efetividade da legislação, seu escopo é atuar no processo de construção e escolha da decisão sobre o conteúdo da nova

adequado para a resolução daquela crise, com a melhor aderência possível ao direito material encenado¹³⁵. Diante da flexibilidade do direito processual e do colorido do direito material, as soluções encontradas pelo legislador federal — responsável pela edição da legislação processual (inciso I do artigo 22 da CR/88) — não necessariamente corresponderão a um único padrão procedimental, unificador de ritos, mas, ao contrário, poderão corresponder aos mais diversificados métodos, tudo desenhado em função do direito material que se busca tornar atuável nas situações de crise de adimplemento¹³⁶.

A positivação da técnica processual não reside somente na estruturação de procedimentos, mas também na instituição de meios e de instrumentos que melhor interajam e melhor rendam diante de cada situação específica e particular de direito material. Para além da especialização procedimental, o trabalho desenvolvido pelo legislador ordinário alcança, em verdade, qualquer expediente hábil a resolver, em sede processual, a crise apresentada pelos direitos contemplados no ordenamento jurídico¹³⁷. As técnicas processuais a serem prescritas por meio da legislação não se limitam, portanto, à simples estruturação de procedimentos

legislação, em como o processo de regulação pode ser projetado, através da avaliação do seu possível impacto sobre o sistema jurídico, por meio da utilização de técnicas (como por exemplo *check list*, modelização causal, reconstrução da cadeia de fontes) que permitam tanto realizar, diagnósticos, prognósticos, mas também verificar o nível de concretude dos objetivos que justificaram o impulso para legislar e dos resultados obtidos a partir da sua entrada em vigor.” SOARES, Fabiana de Menezes. *Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, nº 50, p. 124-142, jan./jul., 2007, p. 125-126.

¹³⁵ Daniel Roberto Hertel, ao trabalhar os aspectos da técnica processual a partir da obra de Ramiro Podetti, aborda o tema da seguinte forma: “A técnica de elaboração está relacionada à técnica legislativa de construção das normas processuais. O seu campo de estudo não se adstringe apenas ao direito processual, já que é no direito constitucional que está delineado o procedimento legislativo de elaboração das normas. No direito processual, todavia, é que poderão ser encontradas as diretrizes das normas processuais que serão elaboradas, ou seja, o efetivo conteúdo que elas deverão veicular. Deve-se ressaltar que o conteúdo das normas processuais é de suma relevância para a efetividade do processo e para o alcance de seus resultados substanciais.” HERTEL, Daniel Roberto. *Técnica processual e tutela jurisdicional: a instrumentalidade substancial das formas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 69.

¹³⁶ Os autores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, ao trabalharem a relação existente entre a técnica processual e a tutela dos direitos, tecem as seguintes considerações: “Logicamente, a convergência das pretensões a serem tuteladas e desses outros interesses processuais e materiais pode exigir diferentes soluções do legislador e do juiz. Em certos casos, também será possível que mais de uma técnica processual seja idônea para atender a todos esses interesses, o que implica dizer que nem sempre haverá apenas uma única resposta possível para atender às necessidades com que trabalha o direito processual. Vale dizer: a consideração da *tutela dos direitos* pode levar a diferentes opções em termos de *técnica processual* para adequada estruturação do processo civil.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v. 2. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 43.

¹³⁷ A técnica processual não se resume, meramente, à construção de um procedimento diferenciado, mas, ao contrário, ela se alarga para abarcar, conforme ensina José Carlos Barbosa Moreira, “aqui, o conteúdo possível de providência jurisdicional; ali, as técnicas empregáveis para, em caso de necessidade, levá-lo a projetar-se a eficazmente sobre a realidade do mundo fático; acolá, os expedientes de que se pode lançar mão com o fito de assegurar essa utilidade prática e concreta da tutela a ser dispensada.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. In: ————. *Temas de direito processual civil: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 29.

diferenciados do comum. Elas também compreendem uma generalidade de disposições normativas, tais como os diversos tipos de ações previstas na legislação extravagantes, os procedimentos a serem desenvolvidos nos foros, as formas de cognição exercidas pelo juiz, a forma e a profundidade da instrução probatória, a concessão de provimentos de urgência, a previsão de meios executivos adequados, dentre inúmeros outros¹³⁸. Prevalece o comando do justo processo: especificar as técnicas proporcionalmente às diversidades dos direitos tuteláveis em favor da obtenção de tutela jurisdicional igualmente diferenciada.

No que se refere à terceira fase do desenvolvimento da técnica processual — interpretação do método —, cumpre registrar que a interpretação do direito visa, de maneira geral, determinar e precisar o significado do texto legal, abarcando as regras e os princípios nele contidos¹³⁹. Somente por meio do processo interpretativo é que se torna possível, num primeiro momento, alcançar o entendimento acerca da regra positivada, e, num segundo momento, viabilizar a sua adequada aplicação à situação concreta¹⁴⁰. O papel do intérprete é de fundamental importância, na medida em que, nessa fase, não só é identificada a melhor alternativa hermenêutica a ser extraída da técnica processual, mas também são apontadas

¹³⁸ Para Luiz Guilherme Marinoni, o direito fundamental à tutela jurisdicional “[...] obriga o legislador a instituir procedimentos e técnicas processuais capazes de permitir a realização das tutelas prometidas pelo direito material e, inclusive, pelos direitos fundamentais materiais, mas que não foram alcançados à distância da jurisdição. Nesse sentido se pode pensar, por exemplo, i) nos procedimentos que restringem a produção de determinadas provas ou ii) na discussão de determinadas questões; iii) nos procedimentos dirigidos a proteger os direitos transindividuais, iv) na técnica antecipatória, v) nas sentenças e vi) nos meios de execuções diferenciados. Na mesma dimensão devem ser visualizados os procedimentos destinados a permitir a facilitação do acesso ao Poder Judiciário das pessoas menos favorecidas economicamente, com o barateamento dos custos processuais etc.” MARINONI, Luiz Guilherme. Idéias para um “renovado direito processual”. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio. *Bases Científicas para um renovado Direito Processual*. v. 01. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008, p. 126-127.

¹³⁹ Sobre o processo de interpretação do direito, Juarez Freitas assim esclarece: “[...] a interpretação sistemática deve ser entendida como uma operação que consiste em atribuir, topicamente, a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas estritas (ou regras) e aos valores jurídicos, hierarquizáveis num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias em sentido amplo, tendo em vista bem solucionar os casos sob apreciação. Frise-se que a ampliação do conceito de interpretação sistemática, ora promovida, apresenta-se simétrica àquela praticada em relação ao conceito de sistema jurídico. Em outras palavras, a interpretação tópico-sistemática faz-se compatível com as presentes funções do Direito. É, além disso, muito mais do que a descoberta de sentido ou do alcance dos comandos legais. Trata-se do desvendar do alcance sistemático de cada princípio, regra ou valor, no desiderato da resolução eficiente e eficaz dos conflitos individuais e coletivos”. FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 5. ed. Malheiros: São Paulo, 2010, p. 82.

¹⁴⁰ De acordo com Daniel Roberto Hertel, “A técnica processual passa ainda pela interpretação das normas processuais. Interpretar é avaliar, ou seja, analisar o sentido e o alcance de uma norma. Na esfera processual, a técnica de interpretação a ser adotada deve sempre levar em conta as finalidades para as quais o processo foi instituído. Não se pode admitir que o processo seja interpretado de forma apartada da sua realidade social. Ora, se o processo foi concebido para ser um instrumento de solução dos conflitos, a interpretação das normas de natureza processual deve ser feita, sempre, levando-se em consideração esse desiderato. Nesse passo, as normas processuais devem ser interpretadas precipuamente pelo método teleológico.” HERTEL, Daniel Roberto. *Técnica processual e tutela jurisdicional: a instrumentalidade substancial das formas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006, p. 70.

soluções harmonizadoras, que acabam por aprimorar o trabalho realizado pelo legislador, tornando a técnica processual mais efetiva e produtora, já que aderente às diversas particularidades descortinadas pela realidade vívida. Percebe-se, portanto, que a interpretação assume papel de destaque no desenvolvimento da técnica processual, já que permite a intermediação entre o texto editado pelo legislador e a situação jurídica concreta deduzida em juízo¹⁴¹.

Por fim, a quarta fase do desenvolvimento da técnica processual — aplicação do método — trata da atividade estatal por meio da qual se constrói a norma jurídica para o caso concreto, determinando, de forma particularizada, a sua solução, bem como os mecanismos necessários para implementação do comando decisório¹⁴². A função de concretização da técnica processual, apesar de não ser capaz de desmerecer as demais funções que a antecedem, representa o ponto culminante de todo o desenvolvimento da tecnologia processual, por meio da qual deverá ser prestada a tutela jurisdicional outorgando proteção estatal aos direitos¹⁴³. Justamente por isso, o juiz deve ser esforçar em assimilar o trabalho realizado pelos demais integrantes desse

¹⁴¹ Para Marcelo Pacheco Machado, “O papel da doutrina, ademais, é essencial no combate às incertezas já presentes no ordenamento positivo, sendo extremamente relevante na proposição de soluções para problemas interpretativos. Como aponta Calamandrei, ‘a ciência jurídica deve servir a tornar mais clara e fácil a aplicação da norma ao caso prático, a aumentar, com suas sistematizações racionais, o grau de certeza do direito, isto é, a tornar sempre mais inteligível a compreensão das regras prescritas pelo legislador ao agir humano e a colocar o indivíduo em condições de calcular, com antecipação, com previsões sempre mais seguras, as consequências jurídicas de suas próprias ações’. Ao citar tais exemplos, queremos tão somente acentuar a relevância da doutrina na criação do direito e como ela pode contribuir tanto positiva, quanto negativamente, para a objetividade do direito e, no âmbito do sistema processual, para a efetividade do processo.” MACHADO, Marcelo Pacheco. *Incerteza e processo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 116.

¹⁴² Importante registrar as considerações formuladas por Friedrich Müller ao trabalhar o processo de concretização do direito: “‘Concretização’ da norma não significa tornar ‘mais concreta’ uma norma jurídica geral, que já estaria no texto legal. A concretização é, realisticamente considerada, a *construção* da norma jurídica no caso concreto. A norma jurídica não existe, como vimos, *ante casum*, mas só se constrói *in casu*.” MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 305.

Em outra passagem, o citado autor assim esclarece: “A norma jurídica e a norma de decisão são produzidas apenas na situação do caso jurídico determinado e por meio do trabalho com vistas à sua solução. Somente elas devem ser denominadas ‘normativas’, pois somente por meio dos seus textos se determina de forma suficientemente concreta como o conflito do caso deve ser solucionado e como se deve proceder para implementar a norma de decisão.” MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. Vários tradutores. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 131.

¹⁴³ De acordo com Luiz Guilherme Marinoni, “Por tal razão, o juiz tem o dever de interpretar a legislação à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional, estando obrigado a extrair da regra processual, sempre com a finalidade de efetivamente tutelar os direitos, a sua máxima potencialidade, desde que — e isso nem precisaria ser dito — não seja violado o direito de defesa.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 146.

empreendimento¹⁴⁴, a fim de conferir à técnica processual desenhada pelo legislador o maior rendimento possível¹⁴⁵.

Além disso, a construção da norma jurídica para o caso concreto não envolve somente a aplicação e a concretização do direito material, mas também compreende o processo de densificação normativa do próprio direito processual. Em outras palavras, o direito processual, tal como o direito material, carece de ser discutido e concretizado¹⁴⁶. Em verdade, a concretização do direito processual é antecedente lógico à construção da norma jurídica para o caso concreto: somente após a identificação e a aplicação da técnica processual mais hábil e idônea àquela situação jurídica particularizada é que se poderá realizar a concretização do

¹⁴⁴ Giovanni F. Priori Posada assim esclarece: “O legislador não é o último garantidor dos direitos fundamentais do processo, mas o primeiro. Ele é obrigado a estabelecer um processo que respeite esses direitos. Se não o faz, temos o último bastião para a defesa dos direitos fundamentais do processo: o juiz. É ele quem deve fazer o julgamento final sobre a constitucionalidade das normas ou omissões legislativas. Confiamos a ele a proteção de nossos direitos fundamentais no processo e, como se isso não bastasse, de todos os outros demais direitos que se procuram proteger no Direito. Esse é o grande desafio que o processo tem no Estado constitucional.” POSADA, Giovanni F. Priori. *La constitucionalización del derecho procesal*. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). DOTTI, Rogéria (Org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 63 — tradução livre.

No original: “No es el legislador el último garante de los derechos fundamentales del proceso, sino el primero. A él se le exige el establecimiento de un proceso que respete estos derechos. Si no lo hace, nos queda el último bastión para la defensa de los derechos fundamentales del proceso: el juez. Es él el que deberá hacer el juicio final sobre la constitucionalidad de las normas y omisiones legislativas. A él le confiamos la protección de nuestros derechos fundamentales en el proceso y, como si fuera poco, de todos los demás derechos que se buscan tutelar en el derecho. Ese es el gran desafío que tiene el proceso en el Estado constitucional.”

¹⁴⁵ Sob essa perspectiva, José Carlos Barbosa Moreira chama à atenção para a necessidade de domínio em relação à técnica processual. O referido autor apresenta sua manifestação nos seguintes termos: “E mais: quando porventura nos pareça que a solução técnica de um problema elimina ou reduz a efetividade do processo, desconfiemos, primeiramente, de nós mesmos. É bem possível que estejamos confundindo com os limites da técnica os da nossa própria capacidade de dominá-la e de explorar-lhe a fundo as virtualidades. A preocupação com a efetividade deveria levar-nos amiúde a lamentar menos as exigências, reais ou supostas, imputadas à técnica do que a escassa habilidade com que nos servimos dos recursos por ela mesmo colocados à nossa disposição. Estamos convencidos de que vários, senão muitos, dos problemas ‘clássicos’ do direito processual demandam reexame em perspectiva ampliada, que tome na devida consideração o contexto global em que eles se inserem.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Efetividade do processo e técnica processual*. In: ————. *Temas de direito processual civil: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 28.

¹⁴⁶ Para Luiz Guilherme Marinoni, “Antes de partir para o encontro da técnica processual adequada, o juiz deve demonstrar as necessidades de direito material, indicando como as encontrou no caso concreto. De maneira que a argumentação relativa à técnica processual se desenvolve sobre um discurso de direito material já justificado. Nesse caso existem dois discursos: um primeiro sobre o direito material, e um outro, incidente sobre o primeiro, a respeito do direito processual. O discurso de direito processual é um sobre-discurso, ou um meta-discurso, no sentido de que recai sobre um discurso que lhe serve de base para o seu desenvolvimento. O discurso jurídico processual é, em outros termos, um discurso que tem a sua base em um discurso de direito material.” MARINONI, Luiz Guilherme. *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. Revista da Escola Nacional da Magistratura, v. 1. ano 1, n. 1, p. 68–81, abr., 2006, p. 80.

direito material, por meio da prestação de tutela jurisdicional estritamente vinculada às particularidades do caso concreto¹⁴⁷.

4.3.3 Segundo imperativo do justo processo: a especialização das formas de tutela jurisdicional para a construção do provimento justo

O direito de acesso à justiça, integrante do modelo de justo processo, impõe à comunidade jurídica a criação de técnicas processuais idôneas, com o propósito de alcançar duas finalidades necessariamente coligadas e sequenciais: *i.* estruturar adequadamente o processo, em termos de justiça procedimental; *ii.* permitir, em grau de máxima utilidade, a prestação de tutela jurisdicional dos direitos, mediante adequada estruturação do processo, em termos de justiça substancial.

Bem se percebe que o objetivo último da técnica processual é — e não poderia ser diferente — a construção do provimento jurisdicional, que deve atender, em nível de alta especialidade, às necessidades prenotadas pelo direito material, a fim de que o resultado produzido pelo processo seja adequado e específico aos mais diversos direitos que compõem o ordenamento jurídico. Privilegia-se, assim, preponderantemente, o papel da jurisdição na efetivação dos direitos fundamentais, inclusive numa perspectiva macro, voltada para a tutela do próprio ordenamento jurídico¹⁴⁸.

À luz dessas assertivas, pode-se afirmar que, na atual ordem constitucional, tem-se por *imperativo* o dever de prestar tutela aos direitos¹⁴⁹, decorrente da garantia constitucional de que

¹⁴⁷ Luiz Guilherme Marinoni afirma que, “Nessas hipóteses, a concretização da norma processual deve tomar em conta as necessidades de direito material reveladas no caso, mas a sua instituição decorre, evidentemente, do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. O legislador atua porque é ciente de que a jurisdição não pode dar conta das variadas situações concretas sem a outorga de maior poder e mobilidade, ficando o autor incumbido de identificação das necessidades concretas para modelar a ação processual e o juiz investido do poder-dever de, mediante argumentação própria e expressa na fundamentação da sua decisão, individualizar a técnica processual capaz de lhe permitir a efetiva tutela do direito. Além disso, as necessidades do caso concreto podem reclamar técnica processual não prevista em lei, quando o juiz poderá suprir a omissão obstaculizadora da realização do direito fundamental à tutela jurisdicional mediante o que se pode denominar de técnica de controle da inconstitucionalidade por omissão.” MARINONI, Luiz Guilherme. Ideias para um “renovado direito processual”. In: CARNEIRO, Athon Gusmão; CALMON, Petrônio. *Bases Científicas para um renovado Direito Processual*. v. 01. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008, p. 129.

¹⁴⁸ Marcelo Veiga Franco afirma que o justo processo traduz “um modelo de processo cuja estrutura constitucional é pautada na materialização de uma tutela jurisdicional legítima, efetiva, adequada e, sobretudo, *justa*, no sentido de dar concretude aos direitos fundamentais e ao conjunto de garantias processuais constitucionais.” FRANCO, Marcelo Veiga. *Processo justo: entre efetividade e legitimidade da jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 39.

¹⁴⁹ Segundo Teori Albino Zavascki, “[...] quando se fala em tutela jurisdicional se está a falar exatamente na assistência, no amparo, na defesa, na vigilância, que o Estado, por seus órgãos jurisdicionais, presta aos direitos dos indivíduos. Esse compromisso de *apreciar* as lesões ou ameaças a direitos — o compromisso de prestar *tutela jurisdicional* — constitui um *dever* estatal, que deve ser cumprido de modo eficaz, sob pena de se

nenhum direito ameaçado ou violado ficará desprovido de proteção¹⁵⁰. Logo, a tutela jurisdicional prometida pelo Estado deve corresponder a um amparo realmente efetivo, permitindo a completa satisfação do direito, tal como ocorreria no caso de adimplemento voluntário¹⁵¹.

A partir do dever do Estado de prestar tutela jurisdicional decorre, em correspondência binária, o direito do cidadão de exigir e de usufruir de formas de tutela jurisdicional adequadas, a fim de tornar efetivos todos os demais direitos que foram lesionados ou que se encontram ameaçados de lesão. Diante de sua significativa importância, afirma-se que o direito à tutela jurisdicional consiste em um direito fundamental¹⁵², próprio dos direitos humanos, na medida

consagrar a falência dos padrões de convívio social e do próprio Estado de Direito.” ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 05-06.

¹⁵⁰ Humberto Theodoro Júnior pontua, no particular, que, “quanto mais se consolida a idéia do Estado Democrático de Direito mais se manifesta a consciência de que o centro nervoso do sistema se fixa na tutela jurisdicional, onde a cidadania se alicerça para construir a sociedade solidária, livre, justa e respeitada.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O processo civil brasileiro: no limiar do novo século*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 303.

Em outra oportunidade, Humberto Theodoro Júnior pontua que “Na ordem global, enraizada sobretudo nas bases constitucionais, há um dever de tutela, que é de acesso amplo e de caráter cívico, que vem ser a garantia fundamental de que nenhum direito subjetivo violado ou ameaçado ficará privado de acesso à tutela da Justiça (CF, art. 5º, XXXV).” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil — Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. vol. I. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 7.

¹⁵¹ Segundo Humberto Theodoro Júnior, “o que a Constituição garante é que, por meio do judiciário, seja disponibilizada uma tutela efetiva, capaz de proporcionar a todos o desfrute real (concreto) tanto dos direitos subjetivos individuais como, principalmente, que se efetive essa tutela de modo a fazer respeitar e cumprir tudo aquilo que na Constituição fora estabelecido em torno das garantias fundamentais.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Constitucional*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Tratado de direito constitucional*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 721.

¹⁵² Luigi Paolo Comoglio faz a seguinte constatação: “Nessa perspectiva [do sistema dos direitos humanos], aqueles direitos e aquelas garantias assumiram uma fisionomia peculiar, caracterizando-se, por sua vez, como próprio requisito, essencial e insuprimível, o gozo de formas ‘efetivas’ e ‘qualificadas’ de tutela jurisdicional, destinadas a assegurar sua inviolabilidade e plena atuação, em harmonia com as mais avançadas teorias do *legal garantism* no Estado democrático de direito.” COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 21 — tradução livre.

No original: “In tale prospettiva, quei diritti e quelle garanzie assunsero una peculiare fisionomia, caratterizzando a loro volta come proprio requisito, essenziale ed insopprimibile, la fruibilità di forme ‘effettive’ e ‘qualificate’ di tutela giurisdizionale, atte ad assicurarne l’invulnerabilità e la piena attuazione, in armonia con le più evolute teorie del *legal garantism* nello Stato democratico di diritto.”

De igual forma, Luiz Guilherme Marinoni: “Tal direito não poderia deixar de ser pensado como fundamental, uma vez que o direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, a contrapartida da proibição da autotutela. O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 143.

em que promove o resguardo de todo o ordenamento jurídico, sem o qual os demais direitos seriam mera retórica esvaída de efetividade¹⁵³.

Para além de seu caráter fundamental, é importante também registrar que o direito à tutela jurisdicional encontra origem e existência na própria essência do direito material que se pretende fazer atuar por meio do processo¹⁵⁴. Trata-se, no particular, apenas da diferenciação existente entre a *tutela jurídica* e a *tutela jurisdicional*¹⁵⁵: *i.* a tutela jurídica representa a

¹⁵³ Conforme observações realizadas por Michele Taruffo, “Em um contexto desse tipo, determinado pela evolução social e cultural, a tarefa da cultura técnica deveria ser a de construir instrumentos processuais eficientes e funcionais para se alcançar a finalidade consistente na tutela dos direitos dos cidadãos. Como diz a ‘cultura constitucionalista’, aliás, essa proteção deve ser efetiva e, portanto, não pode ser confiada apenas às enunciações de princípios contidos na Constituição: é portanto necessário assegurar que o processo civil seja acessível a todos, rápido, simples, pouco custoso e capaz de satisfazer adequadamente as necessidades de tutela dos cidadãos.” TARUFFO, Michele. *Cultura e processo*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 63, n. 1, p. 63–92, mar., 2009, p. 73.

No original: “In un contesto di questo genere, determinato dalla evoluzione sociale e culturale, il compito della cultura tecnica dovrebbe essere quello di costruire strumenti processuali efficienti e funzionali al raggiungimento della finalità consistente nella tutela dei diritti dei cittadini. Come dice la ‘cultura costituzionalista’, anzi, questa tutela deve essere effettiva, e quindi non può essere affidata solo alle enunciazioni di principio contenute nella Costituzione: è dunque necessario fare in modo che il processo civile sia accessibile a tutti, rapido, semplice, poco costoso e capace di soddisfare in modo adeguato i bisogni di tutela dei cittadini.”

Para Luiz Guilherme Marinoni, “A importância que se dá ao direito de acesso à justiça decorre do fato de que a ausência de tutela jurisdicional efetiva implica a transformação dos direitos garantidos constitucionalmente em meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 80.

¹⁵⁴ Para Andrea Proto Pisani, “[...] o direito substancial — sobre o plano da efetividade, da juridicidade, não apenas da declamação contida no documento impresso — existe na medida em que o direito processual predispõe procedimentos, formas de tutela jurisdicional adequadas às necessidades específicas de tutela de cada situação de vantagem estabelecida pelas normas substanciais.” PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 6. ed. Napoli: Jovene Editore, 2014, p. 6.

No original: “[...] il diritto sostanziale — sul piano della effettività, della giuridicità, non della sola declamazione contenuta nella carta stampata — esiste nella misura in cui il diritto processuale predispone procedimenti, forme di tutela giurisdizionale adeguate agli specifici bisogni di tutela delle singole situazioni di vantaggio affermate dalle norme sostanziali.”

¹⁵⁵ Italo Andolina e Giuseppe Vignera evidenciam a proximidade existente entre a tutela jurídica e a tutela jurisdicional, do seguinte modo: “Em um primeiro momento, o ordenamento jurídico assegura a tutela jurídica de determinados interesses subjetivos (recte: de indivíduos e entes coletivos) na aquisição ou na preservação de certos bens, separando na massa indistinta de interesses aqueles que considera dignos da sua proteção (jurídica) e fazendo da realização dos interesses escolhidos o elemento teleológico de (comportamentos regidos por) preceitos regulatórios específicos. Numa fase imediatamente posterior, então, o próprio ordenamento se preocupa em garantir a tutela jurisdicional dos interesses juridicamente qualificados, agilizando um complexo de instrumentos destinados a assegurar a aplicação das normas jurídicas (e, conseqüentemente, a satisfação dos interesses dos protegidos por eles) independentemente da vontade de seus destinatários: essencialmente, esses instrumentos concretizam o processo.” ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997, p. 100 — tradução livre.

No original: “In un primo momento l’ordinamento assicura la tutela giuridica di determinati interessi soggettivi (recte: di individui e di enti collettivi) all’acquisizione o alla conservazione di certi beni, sceverando nella massa indifferenziata degli interessi quelli che considera meritevoli della sua protezione (giuridica) e facendo della realizzazione degli interessi prescelti l’elemento teleológico di (comportamenti disciplinati da) specifici precetti normativi. In una fase immediatamente successiva, poi, l’ordinamento stesso si preoccupa di garantire la tutela giurisdizionale degli interessi giuridicamente qualificati, aprestando un complesso di strumenti diretti ad assicurare l’attuazione delle norme giuridiche (e conseqüentemente il soddisfacimento degli interessi da esse protetti) independentemente dalla volontà dei loro destinatari: questi strumenti concretano essenzialmente il processo.”

primeira linha de proteção aos direitos, decorrente tão só da positivação legal, que acaba por não apenas qualificar, em termos de juridicidade, determinados interesses subjetivos, individuais ou coletivos, mas também estabelecer deveres e vantagens sobre as situações do mundo da vida; *ii.* a tutela jurisdicional, por sua vez, se localiza em momento imediatamente sucessivo ao desrespeito à tutela jurídica, valendo-se de instrumento técnico adequado para fazer observar aqueles preceitos normativos que não obtiveram sucesso no adimplemento voluntário das partes.

Percebe-se, portanto, que a tutela jurídica e a tutela jurisdicional encontram origem comum no direito material e possuem a igual finalidade de permitir, num primeiro momento por meio da observância espontânea, num segundo momento por observação coativa, a concreta atuação desse mesmo direito material do qual se originam¹⁵⁶. A única diferença entre uma e a outra é que a tutela jurisdicional pressupõe ameaça ou violação ao direito material, ou seja, desrespeito à tutela jurídica prometida aos direitos: o comportamento que se esperava ser adimplido voluntariamente, passa, após a comprovação da ameaça de lesão ou da concreta violação, a *atuar* pela tutela prestada pelo Estado, que, nessa fase da crise de adimplemento do direito material, é qualificada como jurisdicional¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Luiz Guilherme Marinoni assim esclarece o tema: “As normas de direito material que respondem ao dever de proteção do Estado aos direitos fundamentais — *normas que protegem o consumidor e o meio ambiente*, por exemplo — evidentemente prestam tutela — ou proteção — a esses direitos. É correto dizer, assim, que a mais básica forma de tutela dos direitos é constituída pela própria norma de direito material. A atividade administrativa — nessa mesma linha — também pode contribuir para a prestação de tutela aos direitos. A tutela jurisdicional, portanto, deve ser compreendida somente como uma modalidade de tutela dos direitos. Ou melhor, *a tutela jurisdicional e as tutelas prestadas pela norma de direito material e pela Administração constituem espécies do gênero tutela dos direitos.*” MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 112.

¹⁵⁷ Segundo Italo Andolina e Giuseppe Vignera, “Resulta evidente, portanto, que o escopo último da jurisdição (ou implementação compulsória ou secundária das normas) não difere substancialmente daquela adquirida na realização espontânea (ou primária) das regras jurídicas: em um caso como no outro, na verdade, ainda se trata de obter a concreta atuação do direito objetivo. O que distingue, ao contrário, a realização primária dos preceitos normativos daquela obtida através da via jurisdicional é o instrumento imediatamente utilizado para a obtenção daquele (mesmo) fim: instrumento constituído, respectivamente, pelo comportamento abstratamente hipotetizado pela norma e (no caso da jurisdição) do processo. Bem, no vigor da Constituição republicana, a tutela jurisdicional dos interesses juridicamente qualificados deve certamente ser incluída entre os objetivos infalíveis do ordenamento.” ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997, p. 102 — tradução livre.

No original: “Risulta evidente, pertanto, che lo scopo ultimo della giurisdizione (o realizzazione coattiva o secondaria delle norme) non differisce sostanzialmente da quello acquisito in sede di realizzazione spontanea (o primaria) delle regole giuridiche: nell’un caso come nell’altro, infatti, si tratta pur sempre di ottenere la concreta attuazione del diritto oggettivo. Ciò che distingue, invece, la realizzazione primaria dei precetti normativi da quella ottenuta in via giurisdizionale è lo strumento immediatamente utilizzato per il conseguimento di quel (medesimo) fine: strumento costituito, rispettivamente, dal comportamento astrattamente ipotizzato dalla norma e (nel caso della giurisdizione) dal processo. Ebbene, nel vigore della Costituzione republicana la tutela giurisdizionale degli interessi giuridicamente qualificati deve sicuramente annoverarsi fra gli scopi indefettibili dell’ordinamento.”

A partir da constatação de que a tutela jurídica e a tutela jurisdicional possuem a mesma origem e idêntica finalidade — quais sejam, fundam-se no direito material e intendem à atuação concreta deste mesmo direito —, implica reconhecer, por consequência, que a reflexão sobre as formas de tutela jurisdicional, bem como o dever — leia-se *imperativo* — de torná-las especializadas, adequadas e diferenciadas pressupõe a observância das peculiaridades e das nuances desse direito que se pretende resguardar¹⁵⁸. É preciso insistir: as formas de tutela jurisdicional obteníveis por meio do processo carecem do direito material, que irá ditar em quais formatos ela deverá ser prestada¹⁵⁹.

O fato do direito à tutela jurisdicional se originar e se vocacionar no direito material não impede, por outro lado, que se estabeleça proveitosa e necessária interface com o direito processual¹⁶⁰; exatamente ao contrário: é no direito processual que serão desenvolvidos os instrumentos plenamente utilizáveis para a prestação da tutela jurisdicional do direito¹⁶¹. Trata-

¹⁵⁸ Para Luiz Guilherme Marinoni, a questão relativa às formas de tutela diz respeito ao plano do direito material, logo, “A preocupação com a tutela dos direitos não diz respeito apenas à idoneidade do processo para atender aos direitos, pois é uma questão que se coloca, já em um primeiro momento, no âmbito do direito material. E, no plano do direito material, *implica na adoção de uma postura dogmática que retira o foco das normas ditas atributivas de direitos para jogar luz sobre a esfera das tutelas, local em que se encontram as formas de tutela ou de proteção que os direitos reclamam quando são violados ou expostos a violação. As formas de tutela são garantidas pelo direito material, mas não equivalem aos direitos ou às suas necessidades. É possível dizer, considerando-se um desenvolvimento linear lógico, que as formas de tutela estão um local mais avançado: é preciso partir dos direitos, passar pelas suas necessidades, para então encontrar as formas de tutela capazes de atendê-las.*” MARINONI, Luiz Guilherme. Idéias para um “renovado direito processual”. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio. *Bases Científicas para um renovado Direito Processual*. v. 01. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008, p. 125.

¹⁵⁹ Paula Valério Yoshino bem sintetiza a questão, nos seguintes termos: “A visão moderna do Processo Civil, permeada pela principiologia constitucional do ‘justo processo’ é de um processo atento ao direito material e às suas diferentes necessidades. Essa visão dita a necessidade de o processo ser efetivo para tutelar o direito material, oferecendo àquele que necessita de tutela jurisdicional todo o instrumental adequado para a realização do direito material tal como se tivesse ocorrido o adimplemento voluntário. Tudo isso em tempo razoável e sem perder de vista o contraditório.” VALÉRIO, Paula Yoshino. *A especialização do mandado de segurança coletivo na tutela dos direitos coletivos no Brasil*. Belo Horizonte, 2012. 381 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012, f. 229.

¹⁶⁰ A observação é feita por Andrea Proto Pisani, nos seguintes termos: “Afirmar a diferença entre direito substancial e direito processual, e a instrumentalidade do segundo com relação ao primeiro, não significa autonomia (no sentido de indiferença) entre os dois conjuntos de normas. Como, de fato, o direito processual não poderia existir sem o direito substancial (indispensabilidade do direito substancial), do mesmo modo então, o direito substancial não poderia existir sem o direito processual. Mesmo na diversidade, existe uma estreita interdependência (isto é, dependência recíproca) entre o direito substancial e o direito processual.” PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 6. ed. Napoli: Jovene Editore, 2014, p. 4 — tradução livre. No original: “Affermare la diversità fra diritto sostanziale e diritto processuale, e la strumentalità del secondo rispetto al primo, non significa affatto autonomia (nel senso di indifferenza) tra i due complessi di norme. Come, infatti, il diritto processuale non potrebbe esistere senza il diritto sostanziale (indispensabilità del diritto sostanziale), così — è ora da aggiungere — il diritto sostanziale non potrebbe esistere senza il diritto processuale. Pur nella diversità, vi è una stretta interdipendenza (cioè dipendenza reciproca) tra diritto sostanziale e diritto processuale.”

¹⁶¹ Para Luiz Guilherme Marinoni, “O processo deve se estruturar de maneira tecnicamente capaz de permitir a prestação de *formas de tutela* prometidas pelo direito material. De modo que, entre as *tutelas dos direitos* e as *técnicas processuais* deve haver uma relação de adequação.” MARINONI, Luiz Guilherme. Idéias para um

se, no particular, de visualizar a questão por um outro ângulo, que torne possível constatar que a tutela jurisdicional é a manifestação coativa — *atuação* — do próprio direito material, mas que, diante da crise de inadimplemento, se desenvolve numa outra dimensão ou projeção, qual seja, a processual¹⁶².

O imperativo que determina o desenvolvimento das técnicas processuais se entrelaça, nessa ordem de ideias, ao imperativo que ordena a especialização das formas de tutela jurisdicional, sempre se levando em consideração a variabilidade do direito material. Todavia, as relações de harmonização e de adequação existentes entre a técnica e a tutela — que se *exteriorizam* para alcançar o direito material e, portanto, o próprio ordenamento jurídico —, não são incompatíveis com a relação de subordinação da técnica para com a forma de tutela jurisdicional — a qual se desenvolve em nível de *interiorização* no modelo do justo processo —: as técnicas processuais devem variar na mesma proporção da diversidade das formas desejáveis de tutela jurisdicional, as quais, por sua vez, devem se diferenciar em consonância com o direito material¹⁶³.

“renovado direito processual”. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio. *Bases Científicas para um renovado Direito Processual*. v. 01. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008, p. 125.

¹⁶² Italo Andolina e Giuseppe Vignera descrevem a proveitosa relação existente entre a tutela jurisdicional e o direito processual, apontando que aquela deve se atentar às particularidades do direito material e este, por sua vez, deve atender a essas particularidades, estabelecendo regulamentações diferenciadas: “A propósito desta (complexa) temática, pode-se aqui recordar apenas como a doutrina mais convincente e a constante jurisprudência constitucional (fazendo aplicação do critério — frequentemente usado na presente matéria — segundo o qual o princípio da igualdade impede sem dúvida a discriminação de situações homogêneas, mas não exclui uma razoável diferenciação de *regulae iuris* para casos concretos intrinsecamente e objetivamente diferentes) afirmem que a tutela jurisdicional não é uma forma abstrata, indiferente às características da situação substancial carecedora de tutela, mas, ao contrário, é um quid extremamente concreto que se modela em cima da particularidade e da exigência de proteção da situação substantiva deduzida em juízo; e que, conseqüentemente, as normas do procedimento ordinário não são as únicas que legitimamente garantem a tutela jurisdicional, sendo o legislador infraconstitucional autorizado a diferenciá-la de acordo com às particularidades da relação a ser regulada e a fim de resguardar interesses considerados racionalmente dignos de proteção jurídica.” ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997, p. 112 — tradução livre.

No original: “A proposito di tale (complessa) temática si può qui ricordare soltanto come la dottrina più convincente e la costante giurisprudenza costituzionale (facendo applicazione del critério — utilizzato spesso in subiecta materia — secondo cui il principio di eguaglianza impedisce bensì la discriminazione di situazioni omogenee, ma non preclude una ragionevole differenziazione di *regulae iuris* per fattispecie intrinsecamente ed oggettivamente diverse) affermino che la tutela giurisdizionale non è una forma astratta, indifferente alle caratteristiche della situazione sostanziale bisognosa di tutela, ma all’opposto è un quid di estremamente concreto che si modela sulle particolarità e sulle esigenze di tutela della situazione sostanziale dedotta in giudizio; e che, conseqüentemente, le norme del procedimento ordinario non sono le sole che legittimamente assicurino la tutela giurisdizionale, essendo al legislatore sub-costituzionale consentito di differenziarla con riguardo alle particolarità del rapporto da regolare e al fine della salvaguardia di interessi ritenuti razionalmente degni di protezione giuridica.”

¹⁶³ Para Humberto Theodoro Júnior, “a garantia do processo justo, na ordem constitucional, não é estática, mas dinâmica e, *a priori*, se movimenta rumo ao provimento que, sendo cabível, haverá de proporcionar uma tutela que, *in concreto*, seja consentânea com a situação jurídica debatida em juízo e possa satisfazer plenamente a

O imperativo que determina a especialização das formas de tutela jurisdicional implica, por óbvia consequência, a busca de formas de tutelas jurisdicionais diferenciadas¹⁶⁴. Parte-se do reconhecimento de que o processo não se trata de um fenômeno unitário ou estanque, mas, ao contrário, de um fenômeno expansivo que tende a alcançar uma diversidade de procedimentos que permitam a realização de uma igual pluralidade de formas de tutela jurisdicional¹⁶⁵. A mecânica da expansão do processo e da tutela jurisdicional tem por força motriz as particularidades de direito material, as quais, justamente por serem diferenciadas, não são adequadamente tuteladas por um único procedimento¹⁶⁶.

Conquanto o tema das tutelas jurisdicionais diferenciadas encontre sua referência imediata na especialização de procedimentos, se contrapondo à unidade do procedimento comum¹⁶⁷, é importante ressaltar que a verdadeira distinção da tutela jurisdicional diferenciada

necessidade de tutela demonstrada pelo litigante. Daí a necessidade de o procedimento adequar-se à situação subjetiva tutelável, o que, por sua vez, só se torna possível mediante a *flexibilidade* e a *pluralidade* das formas de tutela, sempre em função das ‘características variáveis dos direitos ou dos interesses acionados’.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. Estrutura e função no campo do direito processual — visão estática e visão dinâmica do fenômeno jurídico. *In: ————; LAUAR, Maira Terra (Coord.). Tutelas diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 15.

¹⁶⁴ Ovídio Araújo Baptista da Silva, ao discorrer sobre o tema da “tutela diferenciada”, pontua, no particular, que “A maior novidade científica, no campo do processo civil, passou a ser, justamente, a busca de formas especiais de tutela jurisdicional indicadas pelos processualistas como espécies de ‘tutela diferenciada’, que outra coisa não é senão a redescoberta tardia de que a todo o direito corresponde, ou deve corresponder, uma ação (adequada) que efetivamente o ‘assegure’, proclamando-se, mais uma vez, a função eminentemente ‘instrumental’ do processo”. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil (processo de conhecimento)*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 96.

¹⁶⁵ Para Andrea Proto Pisani, “Até agora, o termo direito processual tem sido usado de maneira extremamente genérica; onde se tenta analisar um pouco mais de perto esse fenômeno do direito processual, imediatamente se percebe que não se está na presença de um fenômeno unitário: não existe um processo único que ofereça uma única forma de tutela para todas as situações de vantagem, mas existem, em vez disso, uma pluralidade de processos e uma pluralidade de formas de tutela jurisdicional; a diversidade desses processos e dessas formas de proteção, e suas várias combinações, refletem a diversidade das necessidades de tutela das situações de vantagem.” PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 6. ed. Napoli: Jovene Editore, 2014, p. 05-06 — tradução livre.

No original: “Sinora, il termine diritto processuale si è adoperato in modo estremamente generico; ove si tenti di analizzare un poco più da vicino questo fenomeno del diritto processuale, immediatamente ci si accorge che non si è alla presenza di un fenomeno unitario: non esiste un unico processo che offra un’unica forma di tutela per tutte le situazioni di vantaggio, ma esistono, invece, una pluralità di processi ed una pluralità di forme di tutela giurisdizionale; la diversità di questi processi e di queste forme di tutela, e le loro varie combinazioni, riflettono la diversità dei bisogni di tutela delle situazioni di vantaggio.”

¹⁶⁶ Segundo Robson Renault Godinho, “A importância da tutela jurisdicional diferenciada está no reconhecimento da necessidade de o processo adaptar-se a diferentes situações decorrentes do direito material, que, exatamente por serem variadas, não são adequadamente tuteladas por um único procedimento comum ou ordinário.” GODINHO, Robson Renault. Técnica processual e tutela de direitos: anotações sobre a admissibilidade da tutela jurisdicional. *In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 881.

¹⁶⁷ Para Italo Andolina e Giuseppe Vignera a temática pode ser assim sintetizada: “[...] tutela jurisdicional diferenciada, consistente em estabelecer se a tutela jurisdicional dos direitos deve ser assegurada sempre com um único tipo de processo ou se, inversamente, seja permitido ao legislador ordinário conceber em linha teórica (ao lado de um esquema processual ordinário, utilizável na generalidade dos casos e na ausência de disposições normativas contrárias) os procedimentos especiais funcionáveis em relação a categorias particulares de

— a partir da qual se pode identificar o fundamento de sua existência — não é o meio pelo qual é prestada, mas, sim, o direito material que faz preservar. Referida assertiva implica reconhecer que determinados direitos materiais, justamente por apresentarem algumas especialidades e características, carecem de uma tutela jurisdicional igualmente singular¹⁶⁸.

O objetivo maior a ser alcançado com a especialização das formas de tutela jurisdicional é permitir que os direitos previstos no ordenamento jurídico sejam preservados, tal como se tivesse ocorrido o adimplemento voluntário das partes envolvidas naquela determinada relação jurídica. A par do movimento de adequada estruturação do processo — instituindo-se um procedimento justo —, o imperativo extraível do justo processo determina a construção de provimentos igualmente comprometidos com a justiça¹⁶⁹.

4.3.4 A “regra de ouro” para a adequada estruturação do processo e para a prestação da tutela jurisdicional: a relação de simbiose entre o direito processual e o direito material

A constante expansão teórica do modelo de processo justo — tarefa, como visto, atribuída à comunidade jurídica —, determina, em grau máximo de coerção, que o processo deve se adaptar às mais diversas situações jurídicas de direito material que reclamam a tutela jurisdicional. No intuito de alcançar o estado ideal a ser promovido e de realizar o seu constante

relações jurídicas ou na presença de determinados pressupostos de fato.” ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997, p. 112.

No original: “[...] tutela giurisdizionale differenziata, consistente nello stabilire se la tutela giurisdizionale dei diritti debba essere assicurata sempre com un unico tipo di processo ovvero se, viceversa, sia consentito al legislatore ordinario prevedere in astratto (accanto ad uno schema processuale ordinario, utilizzabile nella generalità dei casi ed in mancanza di previsioni normative contrarie) dei procedimenti speciali funzionanti in relazione a particolari categorie di rapporti giuridici od in presenza di determinati presupposti di fatto.”

¹⁶⁸ De acordo com Humberto Theodoro Júnior, “[...] para tutela efetiva e adequada dos direitos ‘surtem, então, tutelas jurisdicionais diferenciadas como instrumentos cuja finalidade é a plena correspondência do direito à adequada tutela jurisdicional que a Constituição Federal faculta a todo cidadão, tendo em vista as peculiaridades inerentes ao direito substancial posto em causa’.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela diferenciada: opção do credor entre a ação executiva e ação ordinária de cobrança*. Revista dialética de direito processual: RDDP, n. 4, p. 80–92, jul., 2003, p. 83.

¹⁶⁹ Renzo Cavani, em interessantíssimo ensaio, afirma que o provimento jurisdicional somente poderá ser qualificado como justo se existir a convergência de três fatores: “(1) procedimento em respeito dos direitos fundamentais e da legalidade; (2) adequada apuração (*accertamento*) dos fatos relevantes da causa com o fim da busca pela verdade; e (3) adequada individualização do segmento normativo, interpretação do texto (enunciado normativo) ou do elemento não textual e aplicação da norma ao caso concreto”. Segundo o mencionado autor, “Ao exigir o Estado Constitucional o respeito à dignidade e a promoção da liberdade e igualdade (tudo o que pode ser reconduzido à justiça), para consecução de resultados qualitativos no plano do direito material não só é suficiente um procedimento justo, mas também que o próprio resultado ofereça a tutela do direito. Fica fora de dúvida que esses resultados não se poderiam conseguir se a decisão, além de ser proferida em respeito aos direitos fundamentais processuais, não possuísse uma correta interpretação e aplicação do direito pelo juiz, nem uma adequada apuração dos fatos da causa, ou seja, sem a busca da verdade.” CAVANI, Renzo. “*Decisão justa*”: mero slogan? Por uma teorização da decisão judicial para o processo civil contemporâneo. Revista de processo, v. 39, n. 236, p. 119–158, out., 2014, p. 124 e p. 122, respectivamente.

aperfeiçoamento¹⁷⁰, o modelo de justo processo estimula a criação e o aprimoramento de técnicas processuais de forma a adequá-las às especificidades do direito material, num processo de retroalimentação: o direito material dita as características que a técnica processual deve possuir e, por consequência, a técnica processual viabiliza a prestação da tutela jurisdicional adequada à proteção e à efetivação do próprio direito material¹⁷¹.

Logo, o vínculo existente entre o direito material e o direito processual é de intimidade — simbiótico¹⁷²⁻¹⁷³, portanto —, não se permitindo pensar o direito processual como uma realidade técnica completamente isolada ou indiferente ao direito material¹⁷⁴. O raciocínio

¹⁷⁰ Interessante, nesse sentido, a observação de Humberto Ávila, ao afirmar que “Os princípios também requerem, para a sua aplicação, um processo discursivo de valoração de razões, seja para a delimitação dos bens jurídicos que compõem o estado ideal a ser promovido, seja para a definição do seu âmbito de aplicação frente a outros princípios, seja, ainda, para a definição dos comportamentos necessários à promoção do fim que estatuem.” ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 81.

¹⁷¹ Hermes Zaneti Jr. e Camila de Magalhães Gomes afirmam que “O direito deve ser, então, compreendido como fenômeno histórico e cultural, ‘entidade culturalmente histórica’, e, dessa relação, obviamente não escapa o processo. Ao lado disso, é necessário ver, ainda, que direito processual e direito material relacionam-se e influenciam-se mutuamente, ou, como quer Calmon de Passos, ‘antes de o produto condicionar o processo, é o processo que condiciona o produto’ em uma relação, como diz a doutrina, circular dos planos do direito material e do direito processual.” ZANETI JR., Hermes. *O processo coletivo e o formalismo-valorativo como nova fase metodológica do processo civil*. Revista de direitos difusos, ADCOAS, v. 11, n. 53, p. 13–32, mar., 2011, p. 18.

¹⁷² Simbiose. [Do gr. *symbiosis*, ‘vida em comum com outro(s)’.] **S. f. 1. Ecol.** Associação de duas plantas, ou de uma planta e um animal, ou de dois animais, na qual ambos os organismos recebem benefícios, ainda que em proporções distintas. **2. P. ext.** Associação entre dois seres vivos que vivem em comum. **3. Fig.** Associação e entendimento íntimo entre duas pessoas.” FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009, p. 1847.

¹⁷³ Ao tratar da adequação do sistema processual ao direito material, Humberto Theodoro Júnior elucida que “embora já autonomia científica entre o direito processual e o direito material, o certo é que a existência do primeiro só se justifica pela necessidade de solucionar problemas surgidos em relação à observância dos preceitos do segundo. Isto, porém, não faz com que o direito material seja mais importante que o direito processual, porque, nas situações de crise, em que suas regras podem ser impostas coercitivamente, o império do direito material não se estabelecerá senão com o imprescindível concurso do direito processual. Registra-se, destarte, uma simbiose entre os ramos do ordenamento jurídico, gerando uma dependência recíproca entre eles.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela jurisdicional de urgência*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 3.

¹⁷⁴ De acordo com Andrea Proto Pisani, “Segue-se que a instrumentalidade do direito processual não significa neutralidade; o direito processual — nos muitos procedimentos e nas várias formas de tutela nas quais se articula — não é, não pode ser, indiferente em relação à natureza dos interesses em conflito: não é — e por isso não é correto falar de neutralidade — já que a partir da predisposição de procedimentos idôneos a fornecer formas de tutela jurisdicional adequadas às necessidades específicas de cada situação de vantagem depende a existência ou o modo de existência do mesmo direito substancial.” PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 6. ed. Napoli: Jovene Editore, 2014, p. 6.

No original: “Ne consegue che strumentalità del diritto processuale non significa neutralità; il diritto processuale — nei molti procedimenti e nelle varie forme di tutela in cui si articola — non è, non può essere, indifferente rispetto alla natura degli interessi in conflitto: non lo è — e per questo non è corretto parlare di neutralità — poichè dalla predisposizione di procedimenti idonei a fornire forme di tutela giurisdizionale adeguate agli specifici bisogni delle singole situazioni di vantaggio dipende l’esistenza o il modo di esistenza dello stesso diritto sostanziale.”

também pode ser realizado de modo revés, ou seja, o direito processual deve ser pensado a partir e em função do direito material¹⁷⁵.

A partir dessas observações, infere-se que os institutos fundamentais do direito processual recebem influxos de significação advindos do ordenamento jurídico¹⁷⁶ que acabam por determinar as formatações dos procedimentos, bem como as formas de tutela jurisdicional prestada, adequando-os às mais variadas situações de direito material¹⁷⁷. Essa confluência entre o instrumento e a substância, opera, no modelo de justo processo, em ordem de tal grandeza, que as necessidades ditadas pelo ordenamento jurídico devem ser assimiladas por técnicas processuais idôneas à tutela jurisdicional adequada¹⁷⁸.

Tal afirmativa implica reconhecer que o direito processual não pode ser indiferente e nem mesmo neutro frente às novidades operadas no âmbito do multifacetado direito material¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Percebe-se, portanto, que a relação de simbiose existente entre o direito material e o direito processual é de tal grandeza que, “[...] sem reportar-se ao direito material, portanto, nenhum sentido teria o processo, já que este não é senão método para formulação ou atuação prática do direito substancial diante das situações litigiosas.” Logo, “[...] não seria jurídico nem lógico supervalorizar a norma formal, para colocá-la em plano superior ao da regra substancial. Ambas são igualmente importantes e se complementam, formando um todo indispensável para a vida jurídica de qualquer povo civilizado.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Princípios gerais do direito processual civil*. Revista Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, v. 11, ano VI, p. 21-40, jan./dez. 1980, p. 40.

¹⁷⁶ Para Daniel Francisco Mitidiero é perfeitamente possível conceber formas diversas de processo, a partir da finalidade que se pretende alcançar, isto porque “*O processo sofre o influxo do direito material, que polariza a sua finalidade e determina a sua estruturação*. Isso não retira, contudo, a necessidade de observância de balizas mínimas de justiça processual na sua conformação, seja qual for a natureza do direito material que o processo visa a realizar.” MITIDIÉRO, Daniel Francisco. *Direito Fundamental ao Processo Justo*. Revista Magister de direito civil e processual civil, v. 8, n. 45, p. 22–34, nov./dez., 2011, p. 28.

¹⁷⁷ Humberto Theodoro Júnior destaca que o processo “[...] deve amoldar-se aos desígnios do direito material, de sorte a não simplesmente assegurar a composição do litígio e a reparação do dano que o titular do direito do direito lesado suportou, mas a proporcionar a melhor e mais rápida e objetiva concretização do direito da parte que tem razão.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. Fungibilidade entre medida cautelar e medida antecipatória. In: CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lammêgo (Coord.). *Direito processual (inovações perspectivas)*: estudos em homenagem ao ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 266.

¹⁷⁸ Conforme esclarece Luigi Paolo Comoglio, dentre os temas cruciais que integram o direito processual constitucional se destaca “[...] a relação de instrumentalidade necessária intercorrente entre o direito substancial e o processo, qual indispensável auxílio para a sua plena atuação (ou qual garantia insubstituível de sua *enforceability*).” COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 162 — tradução livre.

No original: “[...] il rapporto di strumentalità necessaria intercorrente fra il diritto sostanziale ed il processo, quale indispensabile presidio per la sua piena attuazione (o quale garanzia insostituibile della sua *enforceability*).”

¹⁷⁹ A observação é realizada por Daniel Mitidiero, no sentido de que “O fato de o direito ao processo justo contar com *bases mínimas*, o que lhe outorga um *perfil comum* nas suas mais variadas manifestações, obviamente não apaga a influência que o *direito material* exerce na concepção da *finalidade* do processo e na *conformação* de sua organização técnica. Dada a *interdependência* entre o direito e processo, o direito material *projeta a sua especialidade* sobre o processo, imprimindo-lhe feições a ele aderentes. Isso quer dizer que o *conteúdo mínimo* de direitos fundamentais processuais que confluem para a organização de um processo justo *não implica finalidade comum a todo e qualquer processo, nem tampouco obriga à idêntica e invariável estruturação técnica*. Pelo contrário: o direito ao processo justo requer para sua concretização *efetiva adequação do processo ao direito material* — adequação da tutela jurisdicional à tutela do direito. É preciso ter presente que compõe

Ao contrário, pode ser constatada uma sucessão de fases: *i.* num primeiro momento, o processo ausculta as necessidades do direito material, identifica a forma diferenciada de tutela jurisdicional para o tratamento da questão e cria, a partir dessas informações, técnicas processuais idôneas; *ii.* num segundo momento, o processo retorna ao direito material, para satisfazer, por meio de tutela jurisdicional adequada e em grau máximo de efetividade e de especialidade, aquelas necessidades apresentadas pelo ordenamento jurídico.

É necessário persistir na premissa, de modo a reconhecer que a tutela jurisdicional e a técnica processual devem se diversificar na mesma proporção das particularidades apresentadas pelo direito material. A forma da tutela jurisdicional, bem como o programa da técnica processual, dependem vitalmente do colorido do direito material¹⁸⁰, em ordem tal de grandeza que a utilidade e a efetividade da técnica estarão necessariamente atreladas ao cumprimento desse mister: *i.* quanto maior a sua afinidade às idiossincrasias dos direitos, maior será a eficiência do instrumento e melhor a tutela jurisdicional conseguirá resolver a problemática; *ii.* quanto mais apartada e alheia à realidade do direito material, maior será a ineficiência da tutela e da técnica, e, por isso mesmo, muito provável a manutenção da insolubilidade do problema.

A tutela dos direitos não se restringe, no entanto, à proteção de um dado artigo de lei positivado e impresso nos códigos. No modelo do justo processo, as formas de tutela jurisdicional se especializam e as técnicas processuais se desenvolvem no intuito de alcançar *outras situações com igual relevância jurídica* e que, portanto, se desgarram da clássica compreensão de tutela dos direitos individuais patrimoniais e se espriam para outras searas

o direito ao processo justo o *direito à tutela jurisdicional adequada dos direitos.*” MITIDIERO, Daniel Francisco. *Direito Fundamental ao Processo Justo*. Revista Magister de direito civil e processual civil, v. 8, n. 45, p. 22–34, nov./dez., 2011, p. 27-28.

¹⁸⁰ Sob este enfoque, Érico Andrade reconhece que “[...] os direitos materiais são os mais diversos e a necessidade de tutela varia de acordo com as peculiaridades do direito substancial”, exigindo, portanto, “[...] a estruturação de modelos processuais diversos, de acordo com as características e as necessidades desses mesmos direitos que constituem o objeto do processo”. Desse modo, a acepção que apregoava a neutralidade do processo em relação ao direito material resta desvanecida, na medida que aquele passa a ser visto, por opção constitucional, “[...] como instrumento engajado na atuação do direito material, ganhando os coloridos deste mesmo direito material que objetiva atuar, para se tornar cada vez mais eficaz e efetivo na sua missão constitucional de ser processo efetivo e justo.” ANDRADE, Érico. *O mandado de segurança: a busca da verdadeira especialidade* (proposta de releitura à luz da efetividade do processo). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 71 e p. 55, respectivamente.

jurídicas¹⁸¹, abolindo a tipicidade das formas de tutela e a unicidade das técnicas processuais que lhes servem de instrumento¹⁸².

A “regra de ouro” para o cumprimento do mandamento do justo processo — desdobrável em seus respectivos imperativos, a recordar: o desenvolvimento de técnicas processuais idôneas para a realização do procedimento justo; a especialização das formas de tutela jurisdicional para a construção do provimento justo; — consiste, portanto, na diversificação das formas de tutela e, por consequência, das técnicas processuais na mesma proporção das particularidades apresentadas pelo direito material, qualquer ele que seja.

4.3.5 Breves observações preliminares sobre o estudo do precedente judicial a partir do justo processo

Constata-se, desse modo, que entre o sistema de precedentes e o modelo do justo processo se estabelece um legítimo enlace, a fim de, num primeiro momento, se identificar as necessidades de tutela decorrentes das situações de crise experimentadas pelo ordenamento jurídico e, num segundo momento, assimilar essas necessidades traduzindo-as na forma de técnicas processuais suficientes capazes de, num terceiro momento, satisfazer essas demandas por meio de tutela jurisdicional diferenciada.

Pensar o precedente judicial a partir do justo processo implica, portanto, reconduzir as investigações — própria da perspectiva processualista — para a dinâmica que existe entre a identificação da violação praticada contra os direitos, o melhoramento da tecnologia processual e a construção de formas adequadas de tutela. Nesse ciclo é que se insere a compreensão e justificação do sistema de precedentes, na cultura jurídica brasileira.

¹⁸¹ De acordo com as observações feitas por Ada Pellegrini Grinover, parte-se do estudo do direito para, a partir deste, remontar ou construir o fenômeno do processo: “Ao invés de só inverter o enfoque processo-direito pelo de direito-processo, a proposta é partir da *crise de direito material* — ou seja do *conflito* específico — para analisar (ou construir) a solução processual adequada. Isto significa também dar ao direito processual um enfoque multidisciplinar, pois os conflitos são naturalmente examinados pela sociologia ou pela política, e mais raramente pelo direito. E, no entanto, o direito integra a categoria das ciências sociais.” GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília, Gazeta Jurídica, 2016, p. 14.

¹⁸² A lição é ministrada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, ao ponderar que: “Significa isso não só afastar na medida do possível a tipicidade das formas de tutela, como também elastecer o seu leque para abarcar todas as formas de direito material e as crises por ele sofridas (direito individual ou coletivo, condenação, constituição, declaração, mandamento e execução), bem como assegurar formas repressivas ou preventivas, com ou sem receio de lesão, de modo a preencher totalmente a exigência de adequação.” OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 128.

O presente estudo, a partir dessas premissas, busca compreender em qual medida a necessidade de tutela jurisdicional diferenciada, decorrente das demandas apresentadas pelo direito à segurança jurídica e pelo direito à efetividade processual, podem ser satisfeitas pelo sistema de precedentes judiciais implantado no Brasil por meio do Código de Processo Civil. Isto porque, o processo, enquanto fenômeno cultural, é destinado à efetivar os *valores* eleitos pela sociedade brasileira, a fim de, nessa medida atingir um objetivo indisfarçavelmente ideológico: a promoção da segurança jurídica e da efetividade dos direitos¹⁸³.

Logo, se mostra imprescindível demonstrar como esses direitos — apreendidos em dimensão plural, objetiva e socialmente difundida — participam da cultura jurídica brasileira, bem como se revela importante descrever os referidos fenômenos, apontando as dimensões normativas que os compõem. Além disso, se apresenta oportuna a demonstração da existência das crises que impendem que esses direitos produzam os efeitos requeridos pelo ordenamento jurídico.

Por meio dessas análises será possível identificar as necessidades de tutela jurisdicional, que deverão ser traduzidas e instrumentalizadas por técnicas processuais idôneas.

¹⁸³ Segundo Hermes Zaneti Jr., “A ideologia sempre esteve presente no processo. Processo é fenômeno cultural, sendo que a técnica empregada sempre representa um meio para atingir um objetivo ideológico. Os valores atuais que conformam o processo são a efetividade (principalmente entendida como o direito a um processo em tempo hábil, tutela de urgência; e como busca da perfeita congruência entre o que foi pedido, o direito afirmado de lesão ou ameaça, e o que é obtido do processo, tutela específica) e a segurança jurídica, aferível no caso concreto, que protege do arbítrio estatal, do abuso do processo, quer individual, quer coletivo.” ZANETI JR., Hermes. *Processo Constitucional: relações entre processo e constituição*. Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência, v. 31, n. 94, p. 105–132, jun., 2004, p. 128.

5 DIREITO À SEGURANÇA JURÍDICA

O conjunto de normas obrigatórias que disciplina as relações das pessoas em sociedade e que assegura as condições essenciais de coexistência humana — ao qual se dá o nome de direito —, para cumprir a finalidade regulatória e para ser capaz de implementar justiça, deve também contar com as qualificações de segurança e de certeza¹⁸⁴. No atual paradigma do direito, a segurança jurídica e a justiça devem alinhar os seus objetivos, de forma a se alcançar, *pari passu*, a efetividade de todo o sistema jurídico: os cidadãos devem conhecer, com um grau ideal de certeza, os limites impostos pela lei à liberdade, para que possam tomar decisões, fazer escolhas e orientar suas condutas e, quando for preciso, também exigirem que esses mesmos limites lhe sejam assegurados, com justiça¹⁸⁵. Dessa forma, caso o direito se revele inseguro, a ele será objetada a capacidade de orientar as condutas dos indivíduos em sociedade, já que direito incerto nada mais é do que anarquia, ambiente no qual todos os indivíduos perdem a liberdade.

A busca pela certeza do direito, compreendida na dimensão da segurança jurídica, além de ser uma constante das sociedades modernas, também representa uma qualidade da cultura

¹⁸⁴ A observação é encontrada em clássica lição, escrita em 1937 por Mircea Djuvara, ao ponderar que: “Na medida em que a ordem social responde a uma necessidade de segurança das atividades individuais, tentando subtrair o direito a uma aplicação arbitrária ou imprevisível e dando-lhe uma conforme as regras estabelecidas previamente, ou, pelo menos, racionalmente previsível, obtem-se a segurança jurídica. É essa necessidade que confere à lei escrita e aos precedentes aquela importância capital que eles têm no direito; é uma necessidade puramente racional, porque ela exige que as contradições com o passado sejam evitadas e porque coloca, assim, toda vez, implícita ou explicitamente, a necessidade de uma norma geral.” DJUVARA, Mircea. *Il fine del diritto: la giustizia e i fatti: la giustizia il bene comune, la sicurezza giuridica*. Roma, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, anno XVII, fasc. VI, 1937, p.16 — tradução livre.

No original: “In quanto l’ordine sociale risponde ad un bisogno di sicurezza delle attività individuali, cercando di sottrarre il diritto ad un’applicazione arbitraria o imprevedibile e dandogliene una conforme a regole fissate in anticipo, o, per lo meno, razionalmente prevedibili, si ottiene la sicurezza giuridica. È questo bisogno che conferisce alla legge scritta e ai precedenti quell’importanza capitale che essi hanno nell diritto; è un bisogno puramente razionale, perchè esso esige che si evitino le contraddizioni col passato e perchè pone, così, ogni volta, implicitamente o esplicitamente, la necessità di una norma generale.”

¹⁸⁵ De acordo com Humberto Ávila, “O que importa é que a segurança jurídica, nessa concepção, mais que um valor positivado, é uma noção inerente à própria ideia de Direito. Segurança jurídica é um valor constituído do Direito, visto que sem um mínimo de certeza, de eficácia e de ausência de arbitrariedade não se pode, a rigor, falar de um sistema jurídico.” ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 145.

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sustenta, em interessante perspectiva, que “O valor da segurança é inafastável da própria noção do Estado Democrático de Direito, erigida como princípio fundamental da Constituição da República (art. 1º, *caput*), de modo a garantir o cidadão contra o arbítrio estatal, tendo presente a salvaguarda de elementos fundantes da sociedade realmente democrática, como o princípio democrático, o da justiça, o da igualdade, da divisão de poderes e da legalidade.” OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 129.

jurídica brasileira¹⁸⁶ e, igualmente, do direito processual civil pátrio¹⁸⁷. Nesses termos, o ideal de segurança jurídica parte da confiança depositada pelos indivíduos no sentido de que o direito deve ser capaz de estabilizar as relações sociais, de estabelecer pautas orientadoras de condutas e, ainda, de permitir que as pessoas possam, de forma livre e consciente, se autodeterminarem e ditarem os rumos da vida, sem surpresas, sem frustrações e sem arbitrariedades. Justamente por isso, o ordenamento jurídico brasileiro — e, portanto, a cultura jurídica nele imbricada — é qualificado por um *valor* explicitamente determinado: o direito, bem como as suas práticas de compreensão, de criação, de interpretação e de aplicação, deve buscar a segurança jurídica e, ainda, deve aspirar ao alcance paulatino de graus mínimos de certeza sobre o próprio conteúdo normativo¹⁸⁸.

O valor da segurança jurídica, todavia, não é absoluto. A busca pela certeza do direito não pode impedir que a realidade da vida — caracterizada pela constante mutação e, portanto, pela incerteza — seja transposta para a dimensão jurídico-normativa e passe a influenciar os processos de tomada de decisão. Trata-se, portanto, de encontrar *propostas harmonizadoras* na aparente contradição entre a preservação das relações jurídicas e a atualização dessa própria estabilidade¹⁸⁹. No atual paradigma que rege a compreensão sobre o direito, não se pode conceber a segurança jurídica e a certeza do direito em fórmulas herméticas e incondicionadas;

¹⁸⁶ Alysson Leandro Mascaro, embora foque a sua análise exclusivamente sob as sociedades capitalistas, também reconhece que “O Brasil consagra o princípio da segurança jurídica como valor explicitado normativamente. Além de uma previsão constitucional geral — tratando do direito à segurança —, o princípio da segurança jurídica está inscrito, na própria Constituição e em outros diplomas normativos, referindo-se a situações específicas.” MASCARO, Alysson Leandro. *Para uma teoria geral da segurança jurídica*. Revista brasileira de estudos constitucionais: RBEC, v. 9, n. 31, p. 791–810, jan./abr., 2015, p. 797.

¹⁸⁷ De acordo com Marcelo Pacheco Machado, “As ideias tratadas acima, que, de uma forma geral, prezam pela segurança da ordem jurídica e vedam a imposição de surpresas aos jurisdicionados, têm ampla aplicação às normas processuais, sendo um dos predicados do devido processo legal (perspectiva procedimental). A Constituição, nesse sentido, submete o procedimento à legalidade (CF, art. 5º, II e art. 22, I), exigindo que suas regras sejam prévia e adequadamente estabelecidas, de modo que o jurisdicionado possa nelas encontrar sua referência, avaliando como deve agir.” MACHADO, Marcelo Pacheco. *Incerteza e processo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 124.

¹⁸⁸ Humberto Ávila pontua que a Constituição Federal brasileira institui “[...] um Estado Democrático destinado a assegurar a ‘segurança como valor’, isto é, como algo transcendente ao indivíduo e que assume conteúdo axiológico perante a sociedade como um todo [...]” e, ao examiná-la como um resultado da própria ideia de Direito, também acentua que “A segurança jurídica, nessa acepção, é um valor que, ao lado da justiça e da paz social, inspira qualquer ordenamento jurídico no seu conjunto.” ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 220 e p. 144, respectivamente.

¹⁸⁹ Para Alysson Leandro Mascaro, “Trata-se de uma expectativa dupla: que o direito não atrapalhe o ritmo da vida social e que o direito empreenda a estabilização da própria sociedade. Nessa dúplici busca reside a base da contradição do conceito de segurança jurídica: para garantir o ritmo de uma reprodução social continuada, é preciso, muitas vezes, alterar essa própria reprodução.” MASCARO, Alysson Leandro. *Para uma teoria geral da segurança jurídica*. Revista brasileira de estudos constitucionais: RBEC, v. 9, n. 31, p. 791–810, jan./abr., 2015, p. 791.

ao contrário, devem ser reflexionados métodos capazes de permitir que o real permeie o direito, vivificando-o¹⁹⁰. E nada existe de contraditório em pretender essa harmonização¹⁹¹.

A segurança jurídica significa o conhecimento suficientemente capaz de superar as dúvidas essenciais quanto às prescrições normativas, estabelecedoras de direitos e de deveres, gerando um estado de confiança e estabelecendo um espaço propício para o controle do processo de tomada de decisão, com o objetivo de permitir que o indivíduo seja plenamente capaz de exercitar as suas liberdades e de se autodeterminar, sem que seja surpreendido, enganado, frustrado ou que sofra qualquer tipo de arbitrariedade¹⁹².

O direito que se pretenda ser qualificado como seguro e certo, portanto, é aquele direito que viabiliza, estimula e, em certa medida, até mesmo constringe, o indivíduo a conhecê-lo¹⁹³.

¹⁹⁰ Carlos Maximiliano assim pontua: “A norma positiva não é um conjunto de preceitos-rijos, cadavéricos, e creados pela vontade humana; é uma força viva, operante, susceptível de desenvolvimento; mas o progresso e a adaptação à realidade efetuam-se de acôrdo, aproximando, ou pelo menos aparente, com o texto; não em contraste com êste.” MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Globo, 193, p. 97.

¹⁹¹ Conforme elucidam Francesco Viola e Giuseppe Zaccaria, “É uma nota constante da evolução do direito o seu caráter inundante. O passado nunca é completamente apagado e sobrevive de alguma forma, às vezes ressurgindo depois de um longo tempo [Pastore]. Nesse sentido, o progresso jurídico tem características bastante diferentes do progresso tecnológico. As novas técnicas suplantam aquelas antigas, mas frequentemente, apesar das tentativas do iluminismo jurídico, as novas formas do Direito não extinguem completamente aquelas do passado e, às vezes, em função da prática, se misturam entre si em complexos processos de hibridação. [...] O fato de que o mundo dos princípios seja povoado de diferentes formas demonstra que as normas gerais e abstratas não são suficientes, por si só, para articularem a coordenação das ações humanas e entre todas as formas da normatividade jurídica.” VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. 9. ed. Roma: Laterza, 2016, p. 371 — tradução livre.

No original: “È una nota costante dell’evoluzione del diritto il suo carattere alluvionale. Il passato non viene mai del tutto cancellato e sopravvive in qualche modo, riemergendo a volte dopo molto tempo [Pastore]. In questo il progresso giuridico ha caratteri ben diversi di quello tecnologico. Le nuove tecniche soppiantano quelle antiche, ma spesso, nonostante i tentativi dell’illuminismo giuridico, le nuove forme del diritto non estinguono del tutto quelle del passato e a volte, ad opera della pratica, si mescolano tra loro in complessi processi d’ibridazione. [...] Il fatto che il mondo dei principi sia popolato di forme diverse sta a dimostrare che le norme generali ed astratte non sono sufficiente di per sé ad articolare la ccordinazione delle azioni umane e tra tutte le forme della normatività giuridica.”

¹⁹² O significado ora formulado é extraído a partir do conceito proposto por Humberto Ávila, adotado, na sua inteireza, para a construção da presente pesquisa. O autor, ao concluir sua teoria sobre a segurança jurídica, em irretocável arranjo semântico, assim pontua: “Pode-se conceituar a segurança jurídica como sendo uma *norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídicas, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de — sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade — plasmar digna e responsavelmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro.*” ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 728.

¹⁹³ Conforme lição de Sergio Cotta, a certeza é uma condição apriorística do ser e do estar do Direito. Nesse sentido, o autor sustenta que “‘Certeza’ expressa o seguro conhecimento de algo, seja porque o seu significado é evidente e inequívoco, seja porque foi verificado de modo não controverso. ‘Direito’, ao contrário, se denomina, em termos generalíssimos, uma regra de conduta. O resultado dessa semântica banal é óbvio: com

O conhecimento sobre o direito permite que o indivíduo apreenda o quanto de liberdade foi abdicada no contrato social e o quanto de liberdade ainda lhe resta, para, de forma autônoma e consciente, autodeterminar a vida¹⁹⁴. A segurança jurídica consubstancia, assim, a certeza mínima que o direito deve conter — ou, em outros termos, o conhecimento mínimo que o direito deve propiciar — para, legitimamente, orientar, seja nas situações de crise, seja nas situações de adimplemento voluntário, em grau de alta coercibilidade, o resultado dos processos de tomada de decisões, sejam elas privadas, judiciais, legislativas ou administrativas.

A segurança jurídica se trata, portanto, de um direito fundamental¹⁹⁵, de titularidade difusa, instituído em benefício do cidadão e passível de ser exercido e de ser exigido contra o Estado, que espraia sua carga principiológica e axiológica para todo o ordenamento jurídico, em várias perspectivas: *i.* em perspectiva internacional, importa ressaltar que a Declaração dos Direitos Humanos ao assegurar a todo indivíduo o direito à segurança, também o equipara ao direito à vida e à liberdade, em franca demonstração de que, na ausência de segurança jurídica, esses outros relevantíssimos direitos também restariam frustrados, estabelecendo entre eles relações de interdependência¹⁹⁶; *ii.* em perspectiva constitucional, a Constituição da República

a certeza (e verificabilidade) estamos no nível do conhecimento, com o direito estamos no nível do fazer, ou seja, com mais precisão, do agir dispositivo.” COTTA, Sergio. *La certezza del diritto*: una questione da chiarire. Rivista di diritto civile. Imprenta: Padova, A. Milani, v. 39, n. 3, p. 317–326, pt. 1, mag./giu., 1993, p. 321 — tradução livre.

No original: “‘Certezza’ esprime la sicura conoscenza di qualche cosa, sia perchè il suo significato è evidente e inequivocabile, sia perchè è stato accertato in modo non controverso. ‘Diritto’ invece denomina, in termini generalissimi, una regola di condotta. Il risultato di questa banale semantica è palese: con la certezza (e l’accentuabilità) siamo sul piano del conoscere, con il diritto siamo sul del fare, ossia, con più precisione, dell’agire dispositivo.”

¹⁹⁴ De acordo com Riccardo Guastini, o conhecimento do direito está necessariamente ligado ao princípio da certeza do direito, do qual constitui um pressuposto. Para o autor, “Os princípios expressos a partir dos quais pode ser derivado o princípio tácito da certeza são, principalmente, os princípios de liberdade, igualdade e dignidade. Esse último, a bem da verdade, é um conceito extremamente elástico e evasivo, mas se pode concordar, acredito, que a dignidade inclua pelo menos a capacidade de planejar o próprio futuro, de modo que a proteção da dignidade exige — e a certeza do direito é funcional ao — o respeito da autonomia individual.” GUASTINI, Riccardo. *Ignorantia juris*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 71, n. 2, p. 399–413, giugno, 2017, p. 401 — tradução livre.

No original: “I principi espressi da cui può essere ricavato il principio inespesso di certezza sono principalmente i principi di libertà, eguaglianza e dignità. Quest’ultimo, a onor del vero, è un concetto estremamente elastico e sfuggente, ma si può convenire, credo, che la dignità includa almeno la capacità di pianificare il proprio futuro, sicché la protezione della dignità esige — e la certezza del diritto è funzionale a — il rispetto dell’autonomia individuale.”

¹⁹⁵ De acordo com Humberto Ávila, “[...] o exame dos fundamentos permite constatar que a CF/88 não só protege a segurança jurídica em todas as suas manifestações, como ainda o faz atribuindo-lhe elevada importância no ordenamento constitucional. Isso é exteriorizado de várias formas: – Pelo modo como a segurança jurídica é garantida pelo todo e pelas partes do ordenamento constitucional: a superestrutura constitucional exprime segurança jurídica e a estrutura constitucional prevê segurança jurídica, quer como princípio fundamental, quer como direito fundamental.” ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 259-260.

¹⁹⁶ Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos apregoa, expressamente: “Artigo 3º Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.” ASSEMBLEIA GERAL DA ONU.

consagra a segurança jurídica como valor supremo da sociedade brasileira, elevando-a à condição de pressuposto inerente à própria concepção do Estado Democrático de Direito¹⁹⁷; *iii.* em perspectiva processual, o Código de Processo Civil contém diversos dispositivos que protegem a segurança jurídica, na perspectiva da proteção da confiança, com especial ênfase às situações que impliquem alterações de entendimento jurisprudencial e a expressa possibilidade de modulação temporal dos efeitos dessas alterações¹⁹⁸; *iv.* em perspectiva legal, a legislação

Declaração Universal dos Direitos Humanos. 217 (III) A. Paris, 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 22 out. 2019.

¹⁹⁷ Eis os dispositivos constitucionais que permitem a formulação de tal assertiva:

“PREÂMBULO: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2019 [1988]. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/norma/579494/publicacao/16434817>>. Acesso em: 22 out. 2019.

Humberto Ávila, em interessante passagem, esclarece que “O exame da *estrutura* constitucional demonstra que a segurança jurídica é princípio positivo inequívoco da CF/88, já que esta última a protege diretamente, ao ‘assegurar a segurança’ como ‘direito’ e como ‘valor’ ou ao reger a sua eficácia reflexiva por meio de proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, e, indiretamente, ao prever comportamentos cuja adoção promove os ideais de calculabilidade e de confiabilidade que compõem a segurança jurídica ou ao estabelecer ideais, amplos, restritos ou específicos, cuja realização pressupõe ou implica a existência desses mesmos ideais; revela que a CF/88 não apenas garante a segurança jurídica, como ainda a protege em várias das suas dimensões, isto é, como segurança *do* Direito, *pelo* Direito, *frente* ao Direito, *dos* direitos e *como* um direito; indica que a CF/88 não só protege a segurança jurídica em todas as suas manifestações, como também o faz, atribuindo-lhe elevada *importância* no ordenamento constitucional; *pelo modo* como a segurança jurídica é garantida pelo todo e pelas partes do ordenamento constitucional, pela *insistência* com que a CF/88 a protege, pela *independência* dos seus fundamentos e pela *eficácia recíproca* desses mesmos fundamentos; denota, por fim, que a CF/88 protege a segurança jurídica *em favor do cidadão e frente ao Estado*.” ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 717/718.

¹⁹⁸ Eis os dispositivos infraconstitucionais que permitem a formulação de tal assertiva:

“Art. 525. [...] §13. No caso do §12, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, em atenção à segurança jurídica.”

“Art. 535. [...] §6º No caso do §5º, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica.”

“Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...] §3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.”

“Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente: [...] II – risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.”

“Art. 1.029. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão: [...] §4º Quando, por ocasião do processamento do incidente de resolução de demandas repetitivas, o presidente do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça receber requerimento de suspensão de processos em que se discuta questão federal constitucional ou infraconstitucional, poderá, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, estender a suspensão a todo o território nacional, até

extraordinária, em numerosos diplomas legais e com as mais variadas finalidades, assegura o direito do cidadão à segurança jurídica, seja no que se refere à clareza, à precisão e à lógica dos textos, seja no que diz respeito às atividades desenvolvidas pela Administração Pública, seja ainda no que tange à atuação das autoridades públicas, que deve se direcionar para o aumento da segurança jurídica¹⁹⁹. Todas essas disposições normativas foram construídas e devem ser interpretadas e aplicadas com o objetivo de se alcançar, progressivamente, graus de segurança

ulterior decisão do recurso extraordinário ou do recurso especial a ser interposto.” BRASIL. *Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 22 out. 2019. Marcelo Pacheco Machado pontua que “[...] os princípios do devido processo legal e do contraditório, que vinculam diretamente o processo, exigem previsibilidade na técnica processual, ordenando segurança nas relações entre os litigantes e entre eles e o juiz, bem como viabilizando a participação efetiva destes sujeitos no diálogo processual.” MACHADO, Marcelo Pacheco. *Incerteza e processo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 126.

¹⁹⁹ A Lei de nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, assim dispõe: “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.” BRASIL. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Presidência da República. Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 22 out. 2019.

Em clara instrumentalização do direito à segurança jurídica, a Lei Complementar de nº 95/1998, que dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, assim prescreve: “Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas: I – para a obtenção de clareza: a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando; b) usar frases curtas e concisas; c) construir as orações na ordem direta, evitando preciosismo, neologismo e adjetivações dispensáveis; d) buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente; e) usar os recursos de pontuação de forma judiciosa, evitando os abusos de caráter estilístico; II – para a obtenção de precisão: a) articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma; b) expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico; c) evitar o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto; d) escolher termos que tenham o mesmo sentido e significado na maior parte do território nacional, evitando o uso de expressões locais ou regionais; e) usar apenas siglas consagradas pelo uso, observado o princípio de que a primeira referência no texto seja acompanhada de explicitação de seu significado; f) grafar por extenso quaisquer referências feitas, no texto, a números e percentuais; g) grafar por extenso quaisquer referências a números e percentuais, exceto data, número de lei e nos casos em que houver prejuízo para a compreensão do texto; h) indicar, expressamente o dispositivo objeto de remissão, em vez de usar as expressões ‘anterior’, ‘seguinte’ ou equivalentes; III – para a obtenção de ordem lógica: a) reunir sob as categorias de agregação – subseção, seção, capítulo, título e livro – apenas as disposições relacionadas com o objeto da lei; b) restringir o conteúdo de cada artigo da lei a um único assunto ou princípio; c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no caput do artigo e as exceções à regra por este estabelecida; d) promover as discriminações e enumerações por meio dos incisos, alíneas e itens.” BRASIL. *Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998*. Presidência da República. Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm>. Acesso em: 22 out. 2019.

O Decreto-Lei de nº 4.657/1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, prescreve nesses termos: “Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.” BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Presidência da República. Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm>. Acesso em: 22 out. 2019.

e de determinação que permitam aos cidadãos, de forma livre e consciente, fazer escolhas e encetar os propósitos de suas vidas.

Em verdade, a segurança que o direito deve portar — ou seja, o conhecimento indispensável quanto às prescrições normativas, capaz de gerar um estado de confiança e de estabelecer critérios para o controle dos processos decisórios — culmina, na atualidade, conforme proposta formulada por Humberto Ávila, numa compreensão tridimensional, a fim de promover, o máximo quanto possível, os ideais²⁰⁰: *i.* de *cognoscibilidade*, a fim de outorgar ao cidadão capacidade de conhecimento dos conteúdos normativos possíveis de um dado texto jurídico ou de práticas argumentativas destinadas a reconstruí-los, na medida em que, não obstante a existência de margens de indeterminação, as prescrições normativas somente podem guiar as condutas humanas se os seus destinatários puderem compreender aquilo que elas prescrevem²⁰¹; *ii.* de *confiabilidade*, de modo a conceder ao cidadão capacidade de conhecimento quanto às mudanças possíveis e impossíveis do direito, o que exige um ordenamento jurídico protetor de expectativas e garantidor de mudanças estáveis, estabelecendo regras de transição a fim de proteger aquilo que, do passado, deve permanecer inalterado no presente do direito²⁰²; *iii.* de *calculabilidade*, de forma que o cidadão tenha conhecimento antecipado sobre as consequências atribuíveis aos atos praticados, bem como esteja devidamente habilitado a verificar as linhas de ação, escolhendo aquela que melhor lhe aprouver, de modo que a consequência efetivamente aplicada no futuro se situe dentro daquelas alternativas reduzidas e antecipadas no passado²⁰³.

²⁰⁰ Confira-se, nesse sentido, a teoria desenvolvida por Humberto Ávila — já mencionada, por diversas vezes, ao longo dessa pesquisa —, segundo a qual, a segurança jurídica deve ser compreendida a partir dos ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade: ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

²⁰¹ “*Cognoscibilidade* significa um estado de coisas em que os cidadãos possuem, em elevada medida, a capacidade de compreensão, material e intelectual, de estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, materiais e procedimentais, minimamente efetivas, por meio de sua acessibilidade, abrangência, clareza, determinabilidade e executoriedade.” ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 729.

²⁰² “A *confiabilidade* significa o estado ideal em que o cidadão pode saber *quais* são as mudanças que podem ser feitas e quais as que não podem ser realizadas, evitando, dessa forma, que os seus direitos sejam *frustrados*. Essa confiabilidade só existe se o cidadão puder ver assegurados, hoje, os efeitos que lhe foram garantidos pelo Direito ontem, o que depende da existência de um estado de intangibilidade de situações passadas, de durabilidade do ordenamento jurídico e de irretroatividade de normas presentes.” ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 729.

²⁰³ “A *calculabilidade* significa o estado ideal em que o cidadão pode saber *como* e quando as mudanças podem ser feitas, impedindo que aquele seja *surpreendido*. Essa calculabilidade só existe se o cidadão puder controlar, hoje, os efeitos que lhe serão atribuídos pelo Direito amanhã, o que só ocorre se o cidadão tem, em grande medida, a capacidade de, aproximadamente, antecipar e medir o espectro reduzido e pouco variado de critérios e de estruturas argumentativas definidoras de consequências atribuíveis, heterônoma e coativamente ou autônoma e espontaneamente, a atos, próprios e alheios, ou a fatos, ocorridos ou passíveis de ocorrerem,

Oportuno registrar que a segurança jurídica, compreendida nesses termos, refuta, conseqüentemente, as ideias de: *i.* determinação estanque do direito, já que a segurança jurídica não pretende que as normas sejam determinadas de forma prévia, mas, ao contrário, reconhece a sua antecipada indeterminação semântica²⁰⁴; *ii.* imutabilidade cerrada, tendo em vista que a segurança jurídica também não espera que o direito se torne engessado e hermético, mas atesta a sua progressiva adaptabilidade ao mundo real²⁰⁵; *iii.* previsibilidade absoluta, na medida em que a segurança jurídica também não exige que o direito se torne absolutamente previsível, mas que se faça, ao invés disso, conhecido²⁰⁶.

A segurança jurídica — que não mais pode se distanciar dos ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade —, compreende, além disso, um agrupamento de dimensões que distingue o seu espectro normativo. Sob este prisma, para ser qualificado como seguro, o direito deve dispor: *i.* de métodos de interpretação suficientemente hábeis ao controle dos processos de outorga de sentido dos textos normativos²⁰⁷, que deverão ser desempenhados não no sentido de aprisionar a construção dos significados, mas sim no intuito de permitir o máximo esclarecimento, por meio de fundamentação adequada, dos elementos normativos e

controversos ou incontestados, e o espectro razoável de tempo dentro do qual a consequência definitiva será aplicada.” ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 730.

²⁰⁴ “Deve-se adotar, portanto, o conceito de cognoscibilidade, como capacidade, material e intelectual, de compreensão das alternativas interpretativas e dos critérios indispensáveis à sua concretização, no lugar do de determinação, como a capacidade de conhecer um único sentido normativo prévio.” ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 269.

²⁰⁵ “De *confiabilidade*, no lugar de imutabilidade, porque a CF/88, a par de prever cláusulas pétreas, que tornam mais difícil a mudança, mas pressupõe a sua possibilidade, prevê o princípio do Estado Social de Direito, o qual exige que o Estado cumpra sua função planejadora e indutora da sociedade, realizando mudanças sociais, especialmente por meio da distribuição da riqueza. Tais modificações, todavia, devem assegurar estabilidade e continuidade normativas, visto que os direitos de propriedade e liberdade pressupõem um mínimo de permanência das regras válidas como condição para que o homem possa livremente plasmar a sua própria vida, e o direito à profissão carece de durabilidade das condições de vida.” ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 269.

²⁰⁶ “E de *calculabilidade*, em substituição à previsibilidade (absoluta), como a total capacidade de antecipar os conteúdos normativos, porque [...] a natureza do Direito [...], vertido em linguagem largamente indeterminada e dependente de processos argumentativos para a reconstrução de sentidos, impede a existência de univocidade dos seus enunciados.” ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 270.

²⁰⁷ Francesco Viola e Giuseppe Zaccaria alertam que, “Para não cair na subjetividade, a interpretação deve individuar uma série de critérios de controle — e é essa a terceira característica fundamental do modelo hermenêutico — um modelo que é todo centrado sobre duas polaridades contextuais, a do caráter inventivo-inovativo da prática da interpretação de um lado e da inderrogável necessidade de governá-la racionalmente e corretamente do outro.” VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. 9. ed. Roma: Laterza, 2016, p. 191 — tradução livre.

No original: “Per non cadere nella soggettività, l’interpretazione deve individuare una serie di criteri di controllo — ed è questa la terza caratteristica fondamentale del modello ermeneutico — un modello che è tutto incentrato sulle due contestuali polarità del carattere inventivo-innovativo della prassi d’interpretazione da un lato, e della inderogabile necessità di governarla razionalmente e correttamente dall’altro.”

fáticos da linguagem jurídica²⁰⁸; *ii.* de estruturas que ofereçam e que incentivem a introdução da argumentação nos processos de outorga de sentido aos textos normativos²⁰⁹, construindo espaços altamente abertos ao discurso e, por isso mesmo, capazes de propiciar o alcance da razoabilidade no direito²¹⁰; *iii.* de técnicas de uniformização da aplicação dos textos normativos, a fim de se obter a igualdade na resolução de questões jurídicas similares²¹¹ e, igualmente, de se alcançar, progressivamente, a clareza dos textos normativos²¹²; *iv.* de caráter instrumental

²⁰⁸ Humberto Ávila apresenta, nesse sentido, “[...] um conceito de segurança jurídica centrado no controle argumentativo e constatável graças ao uso da linguagem, por meio do conhecimento de critérios e de estruturas hermenêuticas, e no qual o Direito é produto da experiência e resulta da conjugação de aspectos objetivos e subjetivos inerentes à sua aplicação. Ultrapassa-se a compreensão da segurança jurídica como *garantia de conteúdo*, baseada no paradigma da determinação, para uma segurança jurídica como *garantia de respeito*, fundada no paradigma da controlabilidade semântico-argumentativa e cuja realização depende de elementos, de dimensões e de aspectos a serem conjuntamente avaliados.” ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 731.

²⁰⁹ Conforme explicam Francesco Viola e Giuseppe Zaccaria, “Como, todavia, a decisão hermenêutica em favor de um determinado critério interpretativo se desenvolve e se determina pela via argumentativa, ou seja, examinando e ponderando os prós e os contras das várias hipóteses interpretativas — para que possa falar da busca do direito como uma ponderação razoável das hipóteses interpretativas — é necessário verificar como cada interpretação seja capaz de ‘suportar’ uma ou a outra solução, por exemplo, questionando sobre as consequências que poderiam derivar de um determinado resultado interpretativo. Se faz necessário, em outras palavras, no ato de comparar possibilidades normativas hipotéticas diferentes, articular a interpretação sobre a argumentação [Ricoeur].” VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. 9. ed. Roma: Laterza, 2016, p. 234-235 — tradução livre.

No original: “Poiché tuttavia la decisione ermeneutica a favore di un determinato criterio interpretativo si sviluppa e si determina per via argomentativa, cioè vagliando e ponderando il pro e il contro delle varie ipotesi interpretative — sì che può parlare della ricerca del diritto come ragionevole soppesamento di ipotesi interpretative — occorre verificare come ogni interpretazione sia in grado di ‘soportare’ l’una o l’altra soluzione, ad esempio interrogandosi sulle conseguenze che protrebbero discendere da un certo risultato interpretativo. Occorre in altre parole, nell’atto di comparare ipotetiche possibilità normative diverse, imperniare l’interpretazione sull’argomentazione [Ricoeur].”

²¹⁰ Nesse sentido, Gustavo Zagrebelsky pontua que, “Com um deslocamento, a ‘razoabilidade’, de condição subjetiva do jurista, tornou-se condição objetiva do direito. ‘Razoável’ é o direito quando se presta a ser submetido àquela exigência de composição e abertura, isto é, quando não está fechado à coexistência pluralista. Na prática da aplicação judiciária, o caráter ‘razoável’ do direito é colocado em evidência em ambos os seus momentos: na categorização dos casos que são colocados em movimento à luz dos princípios; razoável é a norma, individuada dentre as condições obrigatórias do direito como ordenamento, que responde às exigências do caso.” ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*. Nuova edizione. Torino: Einaudi Contemporanea, 2018, p. 204 — tradução livre.

No original: “Con uno spostamento, la ‘ragionevolezza’, da requisito soggettivo del giurista, è diventato requisito obiettivo del diritto. ‘Ragionevole’ è il diritto quando si presta a essere sottomesso a quella esigenza di composizione e apertura, quando cioè non è chiuso alla coesistenza pluralista. Nel concreto dell’applicazione giudiziaria, il carattere ‘ragionevole’ del diritto viene in evidenza in entrambi i suoi momenti: nella categorizzazione dei casi alla luce dei principi che essi mettono in movimento; ragionevole è la regola, individuata entro le condizioni costringenti del diritto come ordinamento, che risponde alle esigenze del caso.”

²¹¹ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira aponta que “Um outro aspecto do princípio da segurança jurídica, no plano do direito processual, são as técnicas para se atingir uniformidade na aplicação do direito, com vistas ao respeito ao direito objetivo como um todo, matéria que concerne aos escopos políticos do processo. Considera-se aqui não o resultado do exercício da jurisdição em cada caso concreto, mas a soma de todos os casos submetidos ao poder jurisdicional de determinado Estado. De tal sorte, na continuidade do exercício do poder, o próprio Estado reforça-se em sua condição de entidade responsável pela organização da vida social e reafirma a autoridade do seu ordenamento jurídico.” OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 80.

²¹² De acordo com Humberto Ávila, “Se o Direito serve para guiar as pessoas, elas devem ter condições de saber o que ele significa. Por isso o seu sentido deve ser claro, porquanto um Direito ambíguo, vago, obscuro ou

em relação aos valores coexistentes no ordenamento jurídico, de tal modo que os cidadãos possam conhecer os limites para o exercício da sua liberdade, ser tratados de forma equânime e, ainda, planejar a sua vida dignamente²¹³; v. de uma interpretação que possa ser, ao mesmo tempo, determinante e determinada, o que pressupõe, por um lado, a admissão da textura aberta da linguagem jurídica²¹⁴ e, por outro lado, o reconhecimento quanto à existência de núcleos mínimos de significação, amplamente compartilhados pela comunidade jurídica²¹⁵.

Especificamente em relação a esta última dimensão normativa da segurança jurídica — qual seja, que admite a textura aberta da linguagem, mas que, ao mesmo tempo, também reconhece a existência de núcleos de significados de baixíssima derrrogabilidade —, faz-se necessário avançar a compreensão, precisando-lhe o âmbito de atuação. O avanço na temática não pode, no entanto, ser realizado sem uma observação prévia: o atual paradigma do direito

impreciso termina por enganar ou por confundir pelo menos aqueles que desejam ser guiados por ele. Daí se afirmar que a inteligibilidade das normas requer clareza e precisão, sendo essa condição de existência daquela. [...] A clareza exigida pela segurança jurídica não pode, porém, ser confundida com univocidade, visto que não há um único sentido possível, mas sim uma escala entre aquilo que é mais óbvio e aquilo que é mais contestável.” ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 340.

²¹³ Colhem-se, nesse sentido, as observações produzidas por Humberto Ávila: “É precisamente nessa novel significação que a segurança jurídica revela-se, com mais clareza, como instrumento de realização dos valores de liberdade, de igualdade e de dignidade: *de liberdade*, porque quanto maior for o acesso material e intelectual do cidadão-contribuinte relativamente às normas a que deve obedecer, e quanto maior for a sua estabilidade, tanto maiores serão as suas condições de conceber o seu presente e de planejar o seu futuro; *de igualdade*, porque quanto mais gerais e abstratas forem as normas, e mais uniformemente elas forem aplicadas, tanto maior será o tratamento isonômico do cidadão-contribuinte; *de dignidade*, porque tanto mais acessíveis e estáveis forem as normas, e mais justificadamente elas forem aplicadas, com tanto mais intensidade se estará tratando o cidadão-contribuinte como um ser capaz de se autodefinir autonomamente, quer pelo respeito presente de sua autonomia exercida no passado, quer pela consideração futura da sua autonomia praticada no presente.” ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 712-713.

²¹⁴ De acordo com Noel Struchiner, a textura aberta da linguagem representa um potencial de vagueza que não pode ser plenamente resolvida, já que sempre poderão surgir novas hipóteses para as quais o uso do conceito não foi previsto e não se sabe, com certeza, se ele deveria ou não ser aplicado. Confira, nesse sentido, a seguinte passagem: “A textura aberta engloba os casos em que não sabemos se um termo se aplica ou não em função de não termos previsto essa nova situação no momento em que constituímos o significado original da palavra. Como não sabemos se a palavra se aplica ou não, ou seja, como não sabemos o seu uso em todas as situações possíveis, podemos dizer que a definição do conceito não é exaustiva ou é incompleta. [...] A descrição é inesgotável tanto no sentido de que qualquer coisa real tem propriedades inesgotáveis, podendo sempre ser analisada sob um ponto de vista diferente, quanto no sentido de que podem surgir novas experiências e descobertas capazes de afetar a interpretação dos fatos.” STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem: Uma análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 19-20.

²¹⁵ Nos moldes da teoria apresentada por Humberto Ávila, passa-se a adotar “[...] uma concepção determinável da interpretação, no sentido de que as regras contêm conceitos, contudo, estes são, em virtude da linguagem, em alguma medida indeterminados, possuindo, entretanto, núcleos de sentido já fixados intersubjetivamente, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência, ao longo do seu uso, dos quais o intérprete não pode se afastar.” ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 269.

exige *soluções harmonizadoras*, capazes de conciliar a realidade de mundo e a pluralidade da sociedade com os ideais e os valores da segurança jurídica e da certeza do direito²¹⁶.

A partir dessa premissa, pode-se afirmar que, por um lado, as prescrições normativas não são absolutamente certas e nem mesmo completamente antecipáveis, mas, por outro lado, elas tampouco são absolutamente desprovidas de significados prévios, de pré-compreensões e de uma gradação minimamente rígida de significância, difusamente partilhada pela comunidade jurídica²¹⁷. Consta-se, desse modo, que, no vigente paradigma do direito, os textos normativos são reconhecidamente indeterminados, mas, ao mesmo tempo, congregam significados essenciais, socialmente compartilhados, que não podem ser ignorados²¹⁸.

A relação entre os textos normativos e a construção de seus significados é, portanto, inversa ao determinismo semântico e ao totalitarismo interpretativo: *i.* por um lado, o que se pode antecipar é, apenas, a indeterminação e a flexibilidade dos significados, sem as quais os textos jurídicos seriam estáticos e, pois, avessos à realidade da vida; *ii.* por outro lado, aquilo que se pode determinar é a existência de graus mínimos de conceituação, sem os quais os textos jurídicos seriam absolutamente incapazes de cumprir a função regulatória — e, portanto,

²¹⁶ Conforme explica Nicolò Lipari, “Nas sociedades pluralistas, o valor da certeza só pode ser buscado em termos necessariamente elásticos, através da tentativa de assegurar ‘a correspondência de decisões judiciais análogas a situações análogas de fato que ocorrem nos mesmos ambientes’. A referência a um modo tradicional de entender a certeza do direito entrou em crise paralelamente àquela que foi definida como guinada na estrutura do ordenamento, que perdeu a singularidade de seu objeto normativo, mesmo que tenha sido uma guinada que teve diversos eventos se entrecruzando de várias maneiras. A realidade do pós-moderno rompeu todos os pilares sobre os quais, há muito, se construiu o edifício da reflexão jurídica.” LIPARI, Nicolò. *I civilisti e la certezza del diritto*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 69, n. 4, p. 1115–1143, dic., 2015, p. 1133 — tradução livre.

No original: “Nelle società pluraliste il valore della certezza può essere solo perseguito, in termini necessariamente elastici, attraverso il tentativo di assicurare ‘la corrispondenza di decisioni giudiziali analoghe ad analoghe situazioni di fatto che si verificano negli stessi ambienti’. Il riferimento ad un tradizionale modo di intendere la certezza del diritto è entrato in crisi in parallelo a quella che è stata definita la svolta nella struttura dell’ordinamento, che ha perduto l’unicità del suo oggetto normativo, ancorché si sia trattato di una svolta che ha avuto vicende diverse variamente intersecantesi. La realtà del postmoderno ha rotto tutti i pilastri sui quali a lungo si è retto l’edificio della riflessione giuridica.”

²¹⁷ Luis Alberto Warat afirma que, “Metaforicamente, pode-se dizer, com referência a qualquer denotação dos termos da linguagem natural, que ela apresenta três zonas: a) de luminosidade positiva — composta pelos objetos ou situações onde não existe nenhuma dúvida em relação a sua inclusão na denotação; b) de luminosidade negativa — composta pelos objetos ou situações que com certeza não entram na denotação; c) de incerteza — onde existem legítimas dúvidas quanto ao fato do objeto ou situação entrar ou não na denotação. Nessa zona de incerteza é onde se apresenta o problema da vagueza.” WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 76-77.

²¹⁸ Humberto Ávila, de igual modo, elucida que “[...] não há como sustentar que esta última [a linguagem] possa apresentar significados *totalmente* prontos antes mesmo de se iniciar a atividade interpretativa. Desse modo, não há como defender uma concepção unívoca de interpretação. Isso, porém — e isto é fundamental —, não quer dizer que a linguagem normativa não contenha núcleos de significação já determinados paulatinamente pela atividade doutrinária e jurisprudencial.” ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 268.

libertadora — da coexistência humana. A partir dessa dualidade, é que se constata a necessidade de a segurança jurídica dispor de: *i. interpretação controlavelmente determinante*, que passa a escandir a textura aberta da linguagem jurídica, precisando-lhe, dentro de um dado recorte de realidade, os significados, as respectivas áreas de aplicação e consequências; *ii. de interpretação circunscritamente determinada*, que não pode desconsiderar o progresso e as conquistas obtidos pela comunidade jurídica no desenvolvimento, na compreensão e na conceituação dos institutos jurídicos e dos textos normativos.

A segurança jurídica exige — a fim de adequadamente contrabalancear a textura aberta da linguagem jurídica — o reconhecimento de que os textos das normas, conquanto indeterminados e carentes de interpretação, são igualmente compostos por núcleos mínimos de significação²¹⁹, capazes de outorgar, ao menos, razoável previsibilidade ao direito²²⁰. Esse elemento central dos textos jurídicos possui como fatores determinantes as práticas desenvolvidas pela comunidade jurídica no aperfeiçoamento doutrinário, jurisprudencial e legislativo dos institutos jurídicos e os direitos fundamentais, inerentes à essência do ser humano²²¹. Aquelas manifestam sua influência no sentido de que o intérprete não pode menosprezar o legado de conhecimento produzido e solidificado pela comunidade jurídica

²¹⁹ De acordo com a proposta de Humberto Ávila, “[...] a segurança jurídica exige a elevada capacidade do cidadão de compreender os sentidos possíveis de um texto normativo, a partir de núcleos de significação a serem reconstruídos por meio de processos argumentativos intersubjetivamente controláveis. É nesse sentido que se fala em determinabilidade e certeza (relativa) do Direito. É igualmente nessa acepção que parte da doutrina qualifica a segurança jurídica como algo a ser progressivamente atingido.” ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 141.

²²⁰ Conforme aponta Nicolò Lipari, “Consciente de que o pluralismo inevitavelmente diminui a fronteira de qualquer certeza ligada aos comportamentos, o jurista se apercebe que não pode aspirar a nada mais do que a uma razoável previsibilidade, porém ligada a uma pluralidade de fatores.” LIPARI, Nicolò. *I civilisti e la certezza del diritto*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 69, n. 4, p. 1115–1143, dic., 2015, p. 1140 — tradução livre.

No original: “Consapevole che il pluralismo inevitabilmente abbassa la soglia di qualsiasi certezza legata ai comportamenti, il giurista si rende conto che non può aspirare a niente più che ad una ragionevole prevedibilità, peraltro legata ad una pluralità di fattori.”

²²¹ Gustavo Zagrebelsky pondera que “[...] o direito precisava recuperar algo de indiscutível, que pudesse ser colocado como ponto fixo inicial, ‘natural’ e não controverso, de qualquer ordem social e política, e do qual não fosse possível alguém se desprender. A tranquilidade dos indivíduos e a sua participação leal e sem reservas mentais à vida coletiva dependiam dessa segurança. A solução para o problema foi a constitucionalização dos direitos: uma solução que se desprende, seja da tradição estatista do Estado de direito oitocentista, seja das diferentes tradições que se enquadram no nome do jusnaturalismo, mesmo apresentando aspectos que remetem a uma ou a outra.” ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*. Nuova edizione. Torino: Einaudi Contemporanea, 2018, p. 89 — tradução livre.

No original: “Per questo, il diritto doveva recuperare qualcosa di indiscutibile, che potesse essere posto come punto d’attacco iniziale, ‘naturale’ e non controverso, di qualunque ordine sociale e politico, e dal quale non fosse per nessuno possibile distaccarsi. La tranquillità dei singoli e la loro partecipazione leale e senza riserve mentali alla vita collettiva dipendevano da questa sicurezza. La soluzione al problema fu la costituzionalizzazione dei diritti: una soluzione che si distacca sia dalla tradizione statalista dello Stato di diritto ottocentesco sia dalle diverse tradizioni che vanno sotto il nome del giusnaturalismo, pur presentando aspetti che richiamano e l’una e le altre.”

acerca dos conceitos jurídicos; estes, no sentido de ser defeso ao intérprete suprimir ou promover inflexões interpretativas capazes de reduzir a área de proteção abrangida por essa distinta categoria de direitos²²².

Reconhece-se, assim, que os textos normativos possuem uma área de textura aberta, mas também um núcleo de significado, a partir do qual o intérprete não está completamente livre para se afastar, constituindo pressuposto imprescindível para a resolução dos casos²²³. Trata-se, portanto, de compreensões prévias que antecipam parcelas nucleares de um significado que ainda se encontra latente, potencialmente existente e legitimamente esperado, mas que somente será completamente construído após o término do processo dialético-argumentativo. Essas células de significância representam as circunstâncias essenciais sobre as quais se assentam as expectativas de resultados razoáveis²²⁴ e que, ao se congregarem, acabam por

²²² Conforme explica Humberto Ávila, “Logo se percebe que o Direito só cumprirá sua função de ordenar condutas quando os dispositivos postos pelo legislador exprimirem significados que o intérprete não possa simplesmente ignorar, por melhores que sejam seus propósitos. É que, se o intérprete puder modificar, conforme suas intenções, aquilo que o legislador constituinte houver estabelecido, não terá o indivíduo como fazer com que as outras pessoas, inclusive as autoridades estatais, compreendam como um dever aquilo que para ele é um direito. Em outras palavras: se os dispositivos constitucionais não exprimirem significados que constriam seus destinatários a adequar seus comportamentos, perderá a Constituição sua força prescritiva e, por consequência, não apenas deixará de funcionar como instrumento de alocação e de limitação do poder, mas também de garantir os direitos fundamentais.” ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 27.

²²³ Noel Struchiner, a partir das lições de Herbert Hart, demonstra que “[...] o direito funciona porque toda regra tem um núcleo de certeza onde a maioria dos casos é encontrada e onde sabemos que ela deve ser aplicada ou não. Como, na maioria dos casos, a linguagem da regra é facilmente compreendida por todos, sem a necessidade de maiores explicações, então o direito é capaz de cumprir a sua principal tarefa: guiar comportamentos futuros. Em outras palavras, é em função da existência de um núcleo de certeza nas regras que os critérios para existência do direito são preenchidos. Entretanto, toda regra também pode apresentar uma penumbra de dúvida, uma região cinzenta, onde não sabemos se deve ou não ser aplicada. Na região ‘nebulosa’ da regra, cabe ao juiz exercer o seu poder discricionário e assim tornar a regra menos vaga para os casos futuros.” STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem: Uma análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 73-74.

²²⁴ De acordo com Francesco Viola e Giuseppe Zaccaria: “O ato interpretativo de cada expressão linguística já pressupõe constituída a linguagem da interação e se move dentro de um mundo já marcado pela reciprocidade e pela cooperação e por um sentido intersubjetivo contextual, que, de certa forma, guia o intérprete e constitui um vínculo para a sua busca por significados [Viola 1990, cap. V]. O sentido não deriva de um único enunciado ou de uma única proposição, mas do discurso geral no qual as enunciações linguísticas se inscrevem. Individualmente as disposições têm um sentido próprio porque pertencem ao discurso geral das fontes do direito. Esse discurso é complexo e articulado, mas, em cada caso, o seu sentido compreende a posição de regras não episódicas (ou incompletas) e não injustas, sobre as quais os associados podem estabelecer expectativas confiáveis. Isso significa que a própria individuação das disposições já é resultado de atividade interpretativa, isto é, de uma pressuposição de sentido. Para dar significado às palavras do legislador deve ser pressuposto um sentido [Gianformaggio, p. 61].” VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. 9. ed. Roma: Laterza, 2016, p. 322-323 — tradução livre.

No original: “L’atto interpretativo di singole espressioni linguistiche presuppone già costituito il linguaggio dell’interazione e si muove dentro un mondo già segnato dalla reciprocità e dalla cooperazione e da un senso intersoggettivo contestuale, che in qualche modo guida l’interprete e costituisce un vincolo nei confronti della sua ricerca dei significati [Viola 1990, cap. V]. Il senso non deriva dal singolo enunciato o dalla singola proposizione, ma dal discorso generale entro cui le enunciazioni linguistiche s’inscrivono. Le singole

conformar, juntamente com os aportes advindos do processo de reconstrução e de concretização do direito, o tecido normativo do significado do direito para o caso concreto e, pois, da norma de decisão²²⁵.

Justamente por isso, o núcleo mínimo de significação contido nos textos normativos representa barreira contra as possíveis arbitrariedades e subjetivismos do intérprete, que não poderá se distanciar desses consensos semânticos mínimos para a reconstrução da solução do caso concreto²²⁶. Essas barreiras no processo de argumentação concedem proteção às expectativas depositadas pelos cidadãos de que o seu caso será solucionado dentro de certas margens de possibilidades resolutivas, previsivelmente conhecidas, e, ainda, prestigiam o trabalho realizado pela comunidade jurídica na compreensão do direito e dos institutos jurídicos.

A instituição do núcleo mínimo de significação não representa, todavia, cultivo de dogmas intransigentes. Refere-se, ao contrário, diretamente à historicidade que é inerente ao direito e ilumina o trabalho até então desenvolvido pela comunidade jurídica sobre os significados dos textos jurídicos²²⁷. Em virtude da constante evolução da história do direito e

disposizioni hanno un senso proprio perché appartengono al discorso generale delle fonti del diritto. Questo discorso è complesso e articolato, ma in ogni caso il suo senso comprende la posizione di regole non episodiche (o incomplete) e non ingiuste, su cui i consociati possano fondare affidabili aspettative. Ciò significa che la stessa individuazione delle disposizioni è già frutto di attività interpretativa, cioè di una presupposizione di senso. Per dar significato alle parole del legislatore va presupposto un senso [Gianformaggio, p. 61].”

²²⁵ Eros Roberto Grau sustenta, nesse sentido, que “[...] a interpretação do direito tem caráter constitutivo — não meramente declaratório, pois — e consiste na produção, pelo intérprete, a partir dos textos normativos e dos fatos atinentes a um determinado caso, de normas jurídicas a serem ponderadas para a solução desse caso, mediante a definição de uma norma de decisão. *Interpretar* é, assim, dar concreção (= concretizar) ao direito. Nesse sentido, a interpretação (= interpretação/aplicação) opera a inserção do direito na realidade; opera a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: opera sua inserção na vida.” GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 28.

²²⁶ Para Humberto Ávila, “[...] a atividade interpretativa é reconstrutiva, no sentido de ser, de um lado, constitutiva, mas de outro, não ser discricionária, por que a norma de decisão é constrangida pelos sentidos do texto. Mesmo a aceitação da margem de indeterminação da linguagem não autoriza o ‘vale tudo’ interpretativo, ou uma manipulação ‘*a la diable*’ dos elementos normativos, como enuncia Machado Derzi, em razão da necessidade de referência do aplicador aos elementos internos do sistema jurídico, de modo fundamentado.” ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 271.

²²⁷ As lições de Gustavo Zagrebelsky se mostram extremamente precisas nesse sentido e merecem integral reprodução: “A noção de dogma, que evoca a força e a garantia de uma autoridade pré-estabelecida, é incompatível com o Estado constitucional, isto é, com o Estado que é construído a partir de baixo e, de baixo, extrai a força de sua autoridade através do diálogo e do compromisso. No entanto, é verdade que o Estado constitucional também tem necessidade de conceitos jurídicos concretizados e reconhecíveis a priori, com relação ao surgimento das controvérsias a serem reguladas juridicamente, sem as quais o próprio direito se perderia na disputa e no conflito permanente; isto é, falaria no que diz respeito à sua tarefa principal, que é, como já foi dito, de ‘infraestrutura social’. Toda estrutura social, de natureza religiosa ou política, necessita de infraestruturas de pensamento consolidadas e compartilhadas, por razões de unidade de contexto comunicativo e de pertencimento e, portanto, por razões de auto-identificação do grupo social, mesmo antes que por razões de conformidade do agir individual e coletivo. Se, a esse respeito, se deseja falar de ‘dogmas legais’, deve-se

do perene ajustamento à realidade, repudia-se qualquer tentativa de imutabilidade e de engessamento dos textos normativos em favor de uma inalcançável e distópica segurança jurídica²²⁸. Esse veemente repúdio se aplica, inclusive, àqueles significados historicamente arraigados e juridicamente difundidos — núcleos mínimos de significação —, que, mesmo nesses níveis elevados de consolidação semântica, devem admitir, ainda que mediante processo de argumentação e fundamentação mais exigentes, a superação e a modificação em prol da adaptabilidade ao mundo da vida²²⁹.

Tendo sido caracterizado o direito à segurança jurídica, bem como as respectivas dimensões normativas, resta a necessidade de abordar os problemas que o afligem e o impedem de se realizar, em plenitude, na prática judiciária brasileira. A partir dessa análise, será possível identificar as necessidades de tutela jurisdicional, bem como averiguar a idoneidade das técnicas processuais para prestação da tutela.

fazê-lo, mas à condição de não os fundar mais autoritariamente na soberania do Estado, mas sobre a autonomia autorreguladora da sociedade pluralista que é a essência do Estado constitucional.” ZAGREBELSKY, Gustavo. *La legge e la sua giustizia: tre capitoli di giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2017, p. 203-204 — tradução livre.

No original: “La nozione di dogma, che evoca la forza e la garanzia di un’ autorità pre-posta, è incompatibile con lo Stato costituzionale, cioè con lo Stato che si costruisce dal basso, e dal basso trae la forza della sua autorità attraverso dialogo e compromesso. Tuttavia, è pur vero che anche lo Stato costituzionale ha necessità di concetti giuridici concretizzati e riconoscibili a priori, rispetto all’ insorgere delle controversie da regolare giuridicamente, senza di che il diritto stesso si perderebbe nella disputa e nel conflitto permanenti; fallirebbe cioè rispetto al suo compito primario che è quello, come è stato detto, di ‘infrastruttura sociale’. Ogni struttura sociale, ch’ essa abbia natura religiosa o politica, ha necessità di infrastrutture di pensiero consolidate e condivise, per ragioni di unità di contesto comunicativo e d’ appartenenza, e quindi per ragioni di autoidentificabilità del gruppo sociale, prima ancora che per ragioni di conformità dell’ agire individuale e collettivo. Se, a questo riguardo, si vuol parlare di ‘dogmi giuridici’, lo si faccia, ma a condizione di non fondarli più autoritariamente sulla sovranità dello Stato, ma sull’ autonomia autoregolativa della società pluralista che è l’ essenza dello Stato costituzionale.”

²²⁸ A observação feita por Chaïm Perelman é lapidar: “Mais do que o moralista ou o político, o jurista se preocupa, e com toda a razão, com a segurança jurídica. Numa ordem social caracterizada pela segurança jurídica, em que se supõe que cada qual conheça seus direitos e suas obrigações, da qual estão eliminados as controvérsias e os conflitos resultantes da ambiguidade e da indeterminação da lei, manifestam-se valores que, na mente de muitos juristas, se identificam à justiça: a previsibilidade, a imparcialidade, a igualdade perante a lei, a ausência de arbitrariedade dos administradores públicos e dos juizes. No limite, um sistema de direito concebido unicamente em função do ideal de segurança jurídica eliminaria a intervenção de qualquer julgamento, substituindo os juizes por computadores na administração da justiça.” PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 659-660.

²²⁹ Oportunas, as considerações formuladas por Hermes Zaneti Jr.: “[...] no processo, a ‘verdade’, como pretensão de correção da decisão judicial, jamais poderá ser obtida *a priori*. A lógica apriorística que, por muito tempo, ornou com foros de Justiça a falácia da subsuntividade perfeita mostra-se, no presente, pobre e contrária à complexidade do direito e da vida, portanto, injusta na essência. A decisão judicial segue sendo sempre o resultado do caminho percorrido para sua obtenção, controlada, debatida, jamais fazendo raciocínios puristas que transformam o direito, na simples abstração dos juristas em seus gabinetes, afastando-o da Justiça — seu objetivo teleológico.” ZANETI JR., Hermes. *Processo Constitucional: relações entre processo e constituição*. Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência, v. 31, n. 94, p. 105-132, jun., 2004, p. 127.

5.1 A “crise” da certeza do direito

O direito, na atualidade, se apresenta na forma dúctil²³⁰. A imagem do direito como sendo algo inderrogável, duro e ditador se desvanece e no lugar dele assume um conjunto de textos normativos flexíveis, brandos, dúbios e predispostos a se adaptarem às circunstâncias do mundo real²³¹.

A resolução das questões jurídicas perpassa, nos tempos atuais, pela necessidade de se alcançar uma *harmonização* entre duas propostas aparentemente antagônicas: de um lado, a declaração da autenticidade e da validade do direito positivado, tomando-o como parâmetro primeiro na construção da norma de decisão; de outro lado, a afirmação da importância e do valor da realidade prática, da qual exsurtem vetores axiológicos de ordem ética e moral e tantos outros valores de ordem social²³². A partir desta complexa — mas, hoje, imprescindível —

²³⁰ Extremamente oportunas, uma vez mais, as observações de Gustavo Zagrebelsky, que assim se manifesta: “Se quiséssemos, em uma palavra puramente aproximativa, indicar o sentido desse caráter essencial do direito dos Estados constitucionais hodiernos, talvez pudéssemos usar a imagem da ductibilidade. A coexistência de valores e princípios, sobre a qual, necessariamente, uma constituição hoje deve ser fundada a fim de se tornar não renunciatória em relação aos seus trabalhos de unidade e integração e, ao mesmo tempo, não incompatíveis com a sua base material pluralista, exige que cada um de tais valores e de tais princípios seja assumido em um valor não absoluto, compatível com aqueles com os quais deve conviver. Caráter absoluto assume apenas um meta-valor que se expressa no duplo imperativo da manutenção do pluralismo dos valores (no que diz respeito ao aspecto processual). Essas são, no final, as exigências constitucionais supremas de cada sociedade pluralista que deseja ser e se defender.” ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*. Nuova edizione. Torino: Einaudi Contemporanea, 2018, p. 11 — tradução livre.

No original: “Se volessimo, in una parola del tutto approssimativa, indicare il senso di questo carattere essenziale del diritto degli Stati costituzionali odierni, potremmo forse usare l’immagine della mitezza. La coesistenza di valori e principi, sulla quale, necessariamente, una costituzione oggi si deve fondare per poter rendersi non rinunciataria rispetto alle sue prestazioni di unità e intergrazione e, al contempo, non incompatibile, con la sua base materiale pluralista, richiede che ciascuno di tali valori e tali principi sia assunto in una valenza non assoluta, compatibile con quelli con i quali deve convivere. Carattere assoluto assume soltanto un meta-valore che si esprime nel duplice imperativo del mantenimento del pluralismo dei valori (per quanto riguarda l’aspetto procedurale). Queste sono, alla fine, le esigenze costituzionali supreme di ogni società pluralista che voglia essere e difendere se stessa.”

²³¹ Conforme explica Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “Nesse panorama, um dado importante é o declínio do normativismo legalista, assumido pelo positivismo jurídico, e a posição predominante, na aplicação do direito, das normas de princípio, conceitos jurídicos indeterminados e juízos de equidade, com toda sua incerteza, porque correspondem a uma tomada de decisão baseada não só em um *prius* anterior ao processo, mas dependente também dos próprios elementos que nele serão colhidos. Ademais, na época atual o direito não pode mais ser concebido apenas como um sistema de imperativos postos pela vontade do Estado em defesa das esferas de liberdade do indivíduo.” OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 81.

²³² Rafael Lazzarotto Simioni, ressalta que “A decisão jurídica precisa, hoje, assumir um duplo compromisso: precisa reafirmar seu compromisso com, por um lado, o sentido autêntico das convenções político-democráticas — as leis válidas — e das convenções jurídicas — as razões dos precedentes jurisprudenciais; e, por outro, reafirmar seu compromisso com o mundo prático — com os princípios morais, valores éticos, crenças religiosas, hábitos culturais etc. [...] Em qualquer dos casos, contudo, esse compromisso é igualmente necessário. Pois seja para confirmar, seja para refutar as convenções ou as razões do mundo prático, a decisão jurídica precisa estar comprometida com as redes históricas de razões que justificam a sua confirmação ou refutação.” SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 782.

relação de coordenação entre a positivação jurídica e a realidade prática, entre a certeza e a elasticidade dos conceitos jurídicos, constata-se a superação do positivismo legalista e a implantação de um novo paradigma na compreensão do direito²³³.

A principal característica desse novo paradigma — nomeado sob o signo, para uns, do pós-positivismo²³⁴, ou, para outros, do neoconstitucionalismo²³⁵ — centra-se na remodelação quanto à teoria da interpretação do direito e, por consequência, da própria teoria das fontes do direito, na medida em que outorga à comunidade interpretativa — e, pois, não apenas ao intérprete solipsista — a função de escandir os sentidos possíveis do direito, a partir de critérios racionais e controláveis, sempre com vistas à promoção e à efetivação dos valores previstos na Constituição.

Nesse novo modelo reflexivo e construtivo do direito, o procedimento que decifra os problemas jurídicos não pode mais ser resumido à mera subsunção de um texto legal ao caso concreto, tal qual uma operação de lógica estritamente formal, por meio da qual se pressupõe, ficticiamente, que a complexidade fática já se encontrava exaurida pelas soluções prévias dadas por um ordenamento jurídico infalível. Ao contrário, qualquer solução que se der às questões jurídicas deve ser capaz, a fim de se tornar legítima e justa, de manter um diálogo entre o direito posto e a realidade prática de uma sociedade pluralista²³⁶.

²³³ Paolo Grossi assinala que as transformações ocorridas no modo de compreender e de se desenvolver o direito tiveram “[...] o propósito de delinear a transição de uma era de certezas, a modernidade, para uma era, a nossa, a pós-modernidade, atravessada por uma contínua dinâmica interna, marcada por uma mobilidade intensa e necessitada de regulamentos elásticos.” GROSSI, Paolo. *Sulla odierna “incertezza” del diritto*. Giustizia civile: rivista mensile di giurisprudenza. Milano, Dott. a. Giuffrè, v. 64, n. 4, p. 921–955, apr., 2014, p. 933 — tradução livre.

No original: “[...] ha il proposito di delineare il trapasso da un’età di certezze, la modernità, a un’età, la nostra, la pos-modernità, percorsa da una continua dinamica interiore, segnata da una intensa mobilità e bisognosa di disciplinamenti elastici.”

²³⁴ Conforme aponta Georges Abboud, “Nessa senda, apresentamos o pós-positivismo como paradigma teórico assentado em proposições fundamentais, quais sejam: 1) há distinção entre texto e norma; 2) a interpretação é ato produtivo condicionado pela historicidade; 3) a decisão é sempre interpretativa e não silogística; 4) a teoria do direito tem função normativa; 5) não existe discricionariedade judicial na solução das questões jurídicas.” ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 105.

²³⁵ De acordo com Eduardo Ribeiro Moreira, “O modelo de neoconstitucionalismo aceita a pretensão de correção como critério racional regulador do direito. Suas balizas são a onipresença da constituição e a sua força invasora, que afeta principalmente a interpretação, a teoria da norma e as fontes do direito. Seus elementos principais são a ponderação e solução dos conflitos, sobretudo dos casos difíceis. A ponderação é veículo da argumentação, a qual assume papel destacado. O ponto de vista é o participante interno e ativo.” MOREIRA, Eduardo Riberio. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008, p. 48.

²³⁶ De acordo com Nicolò Lipari, a atividade argumentativa não poderia ser reduzida a um paradigma exclusivamente lógico. Logo, apresentou-se a “[...] necessidade de superar as posições do positivismo, assinalando que o direito não pode ser um termo de conhecimento segundo o cânone da verdade teórica, mas um termo de ação segundo o cânone da oportunidade prática, com a consequência de que o procedimento argumentativo do juiz não procede de premissas formais segundo um mecanismo de tipo dedutivo, mas, ao

A introdução desse novo paradigma na compreensão do fenômeno jurídico implicou significativas mudanças. Como exemplo, destacam-se, relevantemente: *i.* o primado da Constituição, ensejando o movimento do constitucionalismo sobre todo o ordenamento jurídico, impondo ao julgador a obrigação de conformar o texto legal aos parâmetros constitucionais, promovendo e efetivando os valores positivados no texto constitucional²³⁷; *ii.* o estabelecimento da distinção teórica entre o texto normativo e a norma de decisão, instituindo, a partir daí, o método de concretização da norma jurídica²³⁸, do qual exsurge a constatação de que a norma jurídica não está pronta nos textos jurídicos, mas ela somente será produzida em cada caso concreto, em cada decisão judicial²³⁹; *iii.* a consagração da existência dos postulados

contrário, em termos radicalmente invertidos, parte de uma conclusão (evidentemente adquirida segundo parâmetros diversos) e a veste de motivações justificativas dentre a qual subsumi-la, para que possa ser compreendida e compartilhada.” LIPARI, Nicolò. *I civilisti e la certezza del diritto*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 69, n. 4, p. 1115–1143, dic., 2015, p. 1118 — tradução livre.

No original: “[...] necessità di superare le posizioni del positivismo, segnalando che il diritto non può essere termine di conoscenza secondo il canone della verità teorica, ma termine d’azione secondo il canone dell’opportunità pratica, con la conseguenza che il procedimento argomentativo del giudice non procede da premesse formali secondo un meccanismo di tipo deduttivo, ma semmai, in termini radicalmente invertiti, parte da una conclusione (evidentemente acquisita secondo parametri diversi) e la veste di motivazioni giustificative entro la quale sussumerla, affinché possa essere compresa e condivisa.”

²³⁷ Para Francesco Viola e Giuseppe Zaccaria, “O constitucionalismo transformou a configuração tradicional do sistema jurídico. Já vimos que esse não é corretamente representado por uma cadeia normativa uniforme ao modo kelseniano, mas que ao seu interno devemos distinguir um direito de posição superior (identificável também pelas garantias formais de proteção próprias de uma constituição rígida), o qual dita o dever-ser interno do direito positivo. Dessa maneira, queremos limitar e controlar o exercício do princípio da autoridade, vinculando-o ao respeito dos valores fundamentais previamente estabelecidos.” VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. 9. ed. Roma: Laterza, 2016, p. 348-349 — tradução livre.

No original: “Il costituzionalismo ha trasformato la configurazione tradizionale del sistema giuridico. Abbiamo già visto che esso non è correttamente raffigurato da una catena normativa uniforme al modo kelseniano, ma che al suo interno dobbiamo distinguere un diritto di rango superiore (identificabile anche attraverso le garanzie formali di protezione proprie di una costituzione rigida), il quale detta il dover essere interno del diritto positivo. Si vuole in tal modo limitare e controllare l’esercizio del principio di autorità, vincolandolo al rispetto di valori fondamentali preventivamente stabiliti.”

²³⁸ De acordo com Friedrich Müller, “A teoria pós-positivista do direito trabalha com outro enfoque. Segundo ela, a lei não contém normas, mas somente ‘textos de normas’. Eles são não ‘aplicáveis’, pois ainda não são pré-formadamente normativos. Quando as trabalhamos, não se processa nenhum silogismo lógico. Pelo contrário, ‘concretizamos’, vale dizer, criamos, geramos, produzimos primeiramente a norma jurídica a partir de regras de sustentabilidade argumentativa [Vertrebarkeit], para então derivar dela a fórmula de decisão, a parte dispositiva do julgamento, o teor [‘Tenor’].” MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. Vários tradutores. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 132.

²³⁹ Ainda sob a perspectiva estruturante do direito, desenvolvida por Friedrich Müller, ressalta-se que “A teoria estruturante do direito não é apenas uma nova concepção — é uma concepção inovadora da teoria do direito. Resulta, pela primeira vez, de um *conceito pós-positivista de norma jurídica*: a norma jurídica não se encontra já pronta nos textos legais; nestes se encontram apenas formas primárias, os textos *normativos*. A norma só será produzida em cada processo particular de solução jurídica de um caso, em cada decisão judicial. [...] ‘Concretização’ da norma não significa tornar ‘mais concreta’ uma norma jurídica geral, que já estaria no texto legal. A concretização é, realisticamente considerada, a *construção* da norma jurídica no caso concreto. A norma jurídica não existe, como vimos, *ante casum*, mas só se constrói *in casu*. A norma é a formulação geral da decisão jurídica; a formulação individual (isto é, o teor da decisão) chama-se *norma de decisão*.” MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 304-305.

normativos da coerência, da igualdade, da razoabilidade, da proporcionalidade, cuja utilização se faz necessária tanto à compreensão interna e abstrata do ordenamento jurídico, quanto à aplicação para solucionar questões que surgem com a aplicação do direito²⁴⁰; *iv.* a atribuição de importância às questões relativas à justiça, aos valores e, especialmente, aos procedimentos argumentativos no raciocínio jurídico, outorgando relevância ao papel do juiz na elaboração do direito concreto, que, na democracia, deverá se apresentar razoável e convincente²⁴¹; *v.* a introdução do juízo de equidade na construção das normas jurídicas, capaz de regulamentar as situações concretas e individualizadas de modo mais rente à realidade e aos valores reinantes em sociedade²⁴²; *vi.* a instituição do dever de integridade do direito, por meio do qual exige-se coerência nas decisões políticas do Estado e da comunidade²⁴³, inserindo o intérprete num

²⁴⁰ Conforme teoria desenvolvida por Humberto Ávila, “No âmbito do Direito, há postulados hermenêuticos, cuja utilização é necessária à compreensão interna e abstrata do ordenamento jurídico, podendo funcionar, é claro, para suportar essa ou aquela alternativa de aplicação normativa. Dentre os mais importantes está o *postulado da unidade do ordenamento jurídico*, a exigir do intérprete o relacionamento entre a parte e o todo mediante o emprego das categorias de ordem e de unidade. Subelemento desse postulado, é o *postulado da coerência*, a impor ao intérprete, entre outros deveres, a obrigação de relacionar as normas com as normas que lhes são formal ou materialmente superiores.” ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 165-166.

²⁴¹ Segundo Chaïm Perelman, “O papel da retórica se torna indispensável numa concepção do direito menos autoritária e mais democrática, quando os juristas insistem sobre a importância da paz judiciária, sobre a ideia de que o direito não deve somente ser obedecido, mas também reconhecido, que ele será, aliás, tanto mais bem observado quanto mais largamente foi aceito. [...] Nessa perspectiva, o papel do juiz, como servidor de um Estado de direito, é contribuir para a aceitação do sistema, mostrando que as decisões que é levado a tomar são não somente legais, mas também aceitáveis, porque razoáveis. Toda vez que deve arbitrar conflitos de opiniões, de interpretações, de interesses e de valores, o juiz procura soluções que sejam, a um só tempo, conformes ao direito e aceitáveis.” PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 554.

²⁴² Mônica Sette Lopes assim pontua: “Admite-se que, no exercício da função de julgar, o juiz não é autômato, que os fatos não seguem uma mecânica imutável e que as normas não se compõem sempre em expressões aritméticas. À vista disto e a partir de noções como a de fim social da norma e de bem comum, representativas de princípios dominantes de tutela inferidos da ordem jurídica, abre-se uma vertente para que se firme a possibilidade de utilização da equidade, como formadora e como conformadora — a régua de Lesbos — adaptando-se às reentrâncias da superfície cujo contorno se dá a ela para definição, absorvendo as singularidades de cada situação concreta. A inserção do equitativo, formando e conformando a norma judicial, repousa no caráter, visceralmente artesanal, da produção do provimento judicial. E, em razão disso, constitui também ela e a sua especial forma de atuação, um dado a ser considerado na apreensão científico-jurídica. Nesse manufaturar da norma jurídica importa para o juiz o discernimento preciso dos múltiplos ângulos comprometidos com a controvérsia. A sua atuação reguladora, fixando a movimentação do processo, tem como principal objetivo a produção de um resultado de acerto. Por meio desse resultado, a ordem jurídica se realiza como sistema completo e, com ela, a segurança dos princípios de tutela nela inseridos.” LOPES, Mônica Sette. *A equidade e os poderes do juiz*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 226-227.

²⁴³ Para Ronald Dworkin, “A integridade exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. Uma instituição que aceite esse ideal às vezes irá, por esta razão, afastar-se da estreita linha das decisões anteriores, em busca da fidelidade aos princípios concebidos como mais fundamentais a esse sistema como um todo.” Além disso, segundo o autor, “O princípio judiciário de integridade instrui os juizes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor — a comunidade personificada —, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade. [...] Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica de comunidade. [...] O direito como integridade é, portanto, mais inflexivelmente

complexo empreendimento literário, suficientemente capaz de constrangê-lo à criação do melhor romance possível a partir do que recebeu por tradição e daquilo que acrescentou a ela²⁴⁴; *vii.* o estabelecimento do dever de coerência, de forma que exista relação de dependência recíproca entre as proposições argumentativas, bem como semelhanças semânticas entre essas mesmas proposições²⁴⁵; *viii.* a primazia, no setor dos direitos fundamentais, da resolução de tensões por meio do sopesamento entre os interesses jurídicos conflitantes, no intuito de definir, por meio da argumentação jurídica, qual desses interesses — que abstratamente estão no mesmo nível — tem maior peso no caso concreto, em lugar de serem solucionadas com base em uma precedência apriorística e absoluta²⁴⁶; *ix.* o pensamento tópico, ou seja, a técnica do pensamento problemático, como mecanismo adequado de obtenção de soluções jurídicas aceitáveis e controláveis²⁴⁷.

Para além das interessantes e distintas teorias desenvolvidas no seio desse novo paradigma do direito, o que importa destacar é licença concedida para a abertura do sistema

interpretativo do que o convencionalismo ou o pragmatismo.” DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 264 e p. 271-271, respectivamente.

²⁴⁴ Sobre a metáfora do romance em cadeia, confira: DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 275-279.

²⁴⁵ Sobre o dever de coerência no direito, o jurista escocês Neil MacCormick elucida que “[...] as numerosas normas de um sistema jurídico desenvolvido deveriam ‘fazer sentido’ quando consideradas em conjunto. Conjuntos de normas podem ser de tal natureza que todas elas sejam compatíveis com alguma norma mais geral, podendo, portanto, ser consideradas como manifestações mais específicas ou ‘concretas’ dessa norma.” MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos; Rev. Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 197.

²⁴⁶ Para Robert Alexy, “[...] o discurso no âmbito dos direitos fundamentais, como o discurso jurídico em geral, compartilha da insegurança quanto aos resultados, característica do discurso prático geral. Por isso, a abertura do sistema jurídico, provocada pelos direitos fundamentais, é inevitável. Mas ela é uma abertura qualificada. Ela diz respeito não a uma abertura no sentido de arbitrariedade ou de mero decisorismo. A base aqui apresentada fornece à argumentação no âmbito dos direitos fundamentais uma certa estabilidade e, por meio de regras e formas de argumentação prática geral e da argumentação jurídica, a argumentação no âmbito dos direitos fundamentais que ocorre sobre essa base é racionalmente estruturada.” ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 573-574.

²⁴⁷ Conforme explica Theodor Viehweg, “Não obstante, como esta pluralidade de sistemas, que não é totalmente apreendida com a vista, torna possível a produção de contradições, é necessário um instrumento que as elimine, que se oferece também aqui por meio da interpretação. Sua tarefa, nesse aspecto, tem de consistir em criar uma concordância que seja até certo ponto aceitável. Há que se estabelecer, em caso de necessidade, conexões por meio de interpretações que sejam aceitáveis e adequadas. Estas operações, que precisam ser antecedidas de uma compreensão global mais ou menos clara e, por isto, mais ou menos controlável, poderiam significar passos para um sistema lógico total, mas não necessariamente. Sua intervenção mediadora reduzirá em alguns casos a pluralidade de sistemas e a aumentará em outros. A introdução de uma nova distinção pode significar, por exemplo, um pequeno projeto de sistema autônomo, de que não se poderá dizer, sem outras considerações, como repercutirá no conjunto total. Para nosso objetivo, basta constatar que a tópica se infiltra no sistema jurídico através da mencionada interpretação, exigida pelo estado efetivo do direito. O pensamento interpretativo tem de mover-se dentro do estilo da tópica (cf. §3/V). Se se pensa além disso — o que até agora não tirou a atualidade à comparação — que o ordenamento jurídico está submetido constantemente a modificações temporais, o papel da interpretação e, por isto, da tópica, torna-se ainda mais penetrante como provocador da *coincidentia oppositorum*.” VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 80-81.

jurídico a questões que se encontravam além das barreiras da legalidade estrita, rechaçando o método silogístico na solução das controvérsias jurídicas e tornando a argumentação e o discurso jurídicos complexos, plurais e dialéticos. No atual paradigma, a concepção do direito se revela, assim, menos autoritária e mais democrática, de menor obediência estrita aos textos abstratos e de maior reconhecimento, percepção essa que decorre da já mencionada conjugação entre a declaração da autenticidade e da validade do direito positivado e a afirmação da importância e do valor da realidade prática.

Além disso, em virtude da textura aberta da linguagem jurídica, passou-se a reconhecer que os textos normativos — em quaisquer das espécies normativas, sejam eles constitucionais, legais ou administrativos — são constituídos de vaguezas, ambiguidades e de incertezas semânticas, são, enfim, multívocos. Nem mesmo a letra jurídica parnasiana, ornada pelo melhor dos ourives, é capaz de, por si só, prover certeza absoluta aos textos normativos²⁴⁸: o mito da segurança jurídica plena foi deposto²⁴⁹ e, na sua ausência, o Estado Democrático de Direito

²⁴⁸ Gustavo Zagrebelsky é categórico ao afirmar que, “Na presença de diversos contextos de sentido e valor, nem mesmo a letra é uma certeza. [...] O próprio legislador geralmente cai nesse equívoco e, no intuito de deixar claro seu próprio pensamento e a própria vontade, abunda em palavras que deveriam clarificar o sentido de outras palavras, multiplicando assim e não reduzindo as possibilidades interpretativas do seu produto. Assim, a mera exegese dos textos resulta, na mais aberta de todas as interpretações.” ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*. Nuova edizione. Torino: Einaudi Contemporanea, 2018, p. 202 — tradução livre.

No original: “In presenza di diversi contesti di senso e valore, nemmeno la lettera è una certezza. [...] Il legislatore stesso cade di solito in questo equivoco e, nell'intento di rendere chiaro il proprio pensiero e la propria volontà, abbonda in parole che dovrebbero chiarire il senso di altre parole, moltiplicando così e non riducendo le possibilità interpretative del suo prodotto. Così, la mera esegesi dei testi risulta, alla fine, la più aperta di tutte le interpretazioni.”

Sob a perspectiva de obtenção de justiça por meio dos textos positivados, Francesco Carnelutti aponta que “[...] as leis são um instrumento para alcançar a justiça; e frequentemente, mas nem sempre, a alcançam realmente. Portanto, as leis são necessárias, mas não suficientes. Elas servem para nos fazer ver o que vem depois; mas às vezes mostram um depois, que não é aquele que deveria ser. Isso significa que a certeza obtida com as leis é uma certeza aproximativa; cem por cento ninguém pode confiar. Assim, a divergência entre certeza e justiça, da qual se fala tantas vezes, é resolvida, a bem da verdade, em uma insuficiência de certeza, no sentido de que a certeza da lei nem sempre é certeza da justiça.” CARNELUTTI, Francesco. *Nuove riflessioni intorno alla certezza del diritto*. Rivista di diritto processuale. Padova, A. Milani, v. 5, n. 1, p. 115–123, 1950, p. 119-120 — tradução livre.

No original: “[...] le leggi sono uno strumento per raggiungere la giustizia; e spesso ma non sempre la raggiungono davvero. Perciò le leggi sono necessarie ma non sufficienti. Ci servono a far vedere ciò che vien dopo; ma qualche volta fanno vedere un dopo, che non è quello che dovrebbe essere. Vuol dire che la certezza ottenuta con le leggi è una certezza approssimativa; al cento per cento nessuno se ne può fidare. Così la divergenza tra certezza e giustizia, della quale s'è tante volte parlato, si risolve, a ben vedere, in una insufficienza della certezza, nel senso che la certezza della legge non è sempre certezza della giustizia.”

²⁴⁹ Conforme explica 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 [...] se refere ao princípio da legalidade ‘estrita’ ou tipicidade material ‘cerrada’ como uma determinação absoluta e prévia de conteúdos normativos. A melhor

empossou a *interpretação* como fator essencial para a construção dos significados e para a promoção de uma segurança jurídica possível, real, e mais próxima dos ideais e dos valores erigidos pela Constituição²⁵⁰.

Tal realidade linguística implica a constatação de ser impossível o resgate fundante ou correto de um texto jurídico, bem como implica a percepção de que existem múltiplas possibilidades interpretativas que se abrem ao operador do direito. O texto da lei não comporta soluções apriorísticas e nem mesmo pode ser compreendido como coisa simplesmente posta. Ao contrário, os textos das normas dão ensejo a diversos conflitos argumentativos quanto à prevalência dos significados e, por isso mesmo, devem ser vislumbrados como algo carentes de interpretação e de concretização, sempre na busca por razoabilidade e por aceitabilidade jurídico-argumentativas²⁵¹.

Neste modelo, o ordenamento jurídico não é capaz de eliminar a possibilidade de existirem textos normativos contrastantes entre si, e isso nem mesmo seria propício à garantia da completude do sistema jurídico. Em sentido exatamente oposto à convergência normativa e à plenitude do sistema, o próprio direito promove de formas de conflito ou de tensão quanto à melhor interpretação: *i.* seja no que se refere aos princípios de direito²⁵², que descortinam um

expressão para exprimir esse sentido é, portanto, ‘determinação’ (*Bestimmtheit*), como a total capacidade de conhecimento de conteúdos normativos. O Direito — para usar uma enfática expressão de Frank — está ‘pronto’ (*ready-made*), preexiste às decisões judiciais.” ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 140-141.

²⁵⁰ Para Carlos Maximiliano, “A segurança jurídica, objetivo superior da legislação, depende mais dos princípios cristalizados em normas escritas do que da roupagem mais ou menos apropriada em que os apresentam. Deve, portanto, o pensamento prevalecer sobre a letra, a idéia valer mais do que o seu invólucro verbal: — *Prior atque, potentior est, quam vox, mens dicentis.*” MAXIMILIANO, Carlos. *Heremênutica e aplicação do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1933, p. 138.

²⁵¹ Francesco Viola e Giuseppe Zaccaria afirma, nesse sentido, que, “[...] o direito é o lugar de desacordo, do conflito e da contraposição. Em certo sentido, se pode também afirmar que o próprio direito alimenta a conflitualidade da vida social, pois o choque de opiniões e dos interesses é tanto mais intenso e extenso quanto maior são as possibilidades de comunicação dos contendores. Esse espaço comunicativo aberto é uma arena onde os contendores podem se encontrar cara a cara. Não é nem mesmo necessário acreditar que ao menos as regras jurídicas sejam preservadas da conflitualidade, porque existe desacordo teórico sobre a sua individuação e existe desacordo empírico sobre sua aplicação nos casos concretos [Dworkin, pp. 9-20].” VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. 9. ed. Roma: Laterza, 2016, p. 67-68 — tradução livre.

No original: “[...] il diritto è il luogo del disaccordo, del conflitto e della contrapposizione. In un certo senso si può anche affermare che il diritto stesso alimenta la conflittualità della vita sociale, poichè lo scontro delle opinioni e degli intetessi è tanto più intenso ed esteso quanto maggiori sono le possibilità di comunicazione dei contendenti. Questo spazio comunicativo aperto è un’arena in cui i contendenti possono trovarsi faccia a faccia. Neppure bisogna credere che almeno le regole giuridiche siano preservate dalla conflittualità, perchè c’è disaccordo teorico sulla loro individuação e c’è disaccordo empirico sulla loro applicazione ai casi concreti [Dworkin, pp. 9-20].”

²⁵² Conforme conceito apresentado por Humberto Ávila, “Os princípios são 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

vasto espaço para discussão e argumentação quanto aos possíveis resultados alcançáveis na implementação de suas finalidades²⁵³; *ii.* seja no que tange às regras de direito, que também se apresentam fomentadoras de dissenso, tanto em relação à sua definição, quanto ao âmbito de sua aplicabilidade²⁵⁴; *iii.* seja ainda quanto à existência do regramento por meio de cláusulas gerais²⁵⁵ e conceitos jurídicos vagos ou indeterminados²⁵⁶, os quais, em decorrência da ausência de descrição exaustiva de conteúdo e da tessitura semanticamente aberta, ensejam a instauração

conduta havida como necessária à sua promoção.” ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 102.

²⁵³ Paolo Grossi afirma que os princípios guardam em si uma preciosa incerteza: “A indefinição assume, de fato, no tempo pós-moderno, o precioso aspecto de recusa a se fechar em uma clara rigidez, claríssima, mas imóvel porque petrificada na textualidade do comando, em vez de se abrir para futuras prováveis aquisições que as mudanças e conflitos tornavam presentes e urgente. Em outras palavras, o princípio tem uma potencialidade e, portanto, também uma riqueza, que é desconhecida a cada proposição legal. O princípio contém em si uma natureza eficazmente expansiva.” GROSSI, Paolo. *Sulla odierna “incertezza” del diritto*. *Giustizia civile: rivista mensile di giurisprudenza*. Milano, Dott. a. Giuffrè, v. 64, n. 4, p. 921–955, apr., 2014, p. 936-937 — tradução livre.

No original: “L’indefinitezza assume, infatti, nel tempo pos-moderno, l’aspetto prezioso di rifiuto a rinchiudersi in una rigidezza certa, certissima ma immobile perché pietrificata nella testualità del comando, invece di apertura a future, probabili acquisizioni che mutamenti e conflitti rendevano presenti ed urgenti. In altre parole, il principio ha una potenzialità e, pertanto, anche una ricchezza, che è ignota a ogni proposizione legale. Il principio serba in sé una natura efficacemente espansiva.”

²⁵⁴ Noel Struchiner aponta que, “Assim como podemos ficar perplexos em relação àquilo que um precedente pretende comunicar, também podemos ficar indecisos sobre qual é o comportamento que uma regra jurídica escrita pretende proibir, permitir ou obrigar. As regras escritas são potencialmente vagas, elas possuem uma textura aberta em função da natureza da linguagem por meio da qual são confeccionadas.” Continua o autor, fazendo referência à obra de Herbert Hart, no sentido de que “As regras não podem ser conhecidas de forma absoluta porque não temos como verificá-las em todas as situações. [...] Da mesma forma, não sabemos todas as ocasiões em que uma regra é verdadeira ou pode ser aplicada com total segurança, porque as palavras que compõem as regras podem apresentar uma região de penumbra onde não é claro se elas se aplicam ou não. Assim, as regras não se encontram definidas para todas as ocasiões que podem surgir.” STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem: Uma análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 67 e p. 68, respectivamente.

²⁵⁵ Judith Martins-Costa assinala que, “De fato, as cláusulas gerais constituem *estruturas normativas parcialmente em branco*, as quais são completadas por meio da referência às regras extrajurídicas, ou a regras dispostas em outros ‘loci’ do sistema jurídico. A sua concretização exige, conseqüentemente, que o julgador seja *reenviado* a modelos de comportamento e a pautas de valoração que não estão *descritos* na própria cláusula geral (embora por ela sejam indicados), cabendo-lhe, para tanto, quando atribuir uma consequência jurídica à cláusula geral, formar normas de decisão vinculadas à concretização do valor, diretiva ou do padrão social prescritivamente reconhecido como arquétipo exemplar de conduta.” MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 158-159.

²⁵⁶ Tereza Arruda Alvim e Bruno Dantas explicam, no particular, que “Os conceitos são vagos ou indeterminados quando não permitem comunicação absolutamente clara quanto ao seu conteúdo, por polissemia, vaguidade, ambigüidade, porosidade ou esvaziamento. A *polissemia* significa ter o termo diversos sentidos; *vaguidade* (*vaguedad*, em espanhol), tem o termo, quando permite informação larga e compreensão escassa; a *ambigüidade* ocorre quando ‘possa reportar-se a mais de um dos elementos integrados na proposição onde o conceito se insira’; *porosidade* há quando o termo permite a entrada de elementos significantes de outras áreas e *esvaziamento*, quando falte, ao termo, qualquer sentido útil. Conceitos indeterminados acabam por implicar que o futuro também possa ser regulado pela norma. Em muitos casos, o conteúdo do conceito está para ser construído e a norma contém balizas para *absorver* parte da realidade que ainda não existe no presente.” ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: Precedentes no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 209.

de disputas quanto à outorga de seus significados, mas também quanto à construção da norma de decisão diante do caso concreto²⁵⁷.

Por fim, deve ser reconhecido que os operadores do direito, mediante procedimento inautêntico e ametódico, têm avocado a indeterminação semântica dos textos normativos como forma de executar, transversalmente, a arbitrariedade ou o mero subjetivismo decisório, no sentido de que qualquer opção já se encontraria previamente justificada diante da impossibilidade de se afirmar a existência de conteúdos estáticos ou perenes no direito²⁵⁸.

O que se verifica — e tal demonstração se mostra importantíssima à proposta ora apresentada — é que a instituição de um ordenamento jurídico erigido a partir da ductibilidade e assentado na textura abertura da linguagem jurídica permite a ocorrência de *consequências minimamente inconvenientes, mas não necessariamente indesejáveis e nem absolutamente elimináveis*²⁵⁹, que assim podem ser sumariadas: *i.* a incontida indeterminação semântica dos

²⁵⁷ De acordo com Niolò Lipari, “Foi decisiva a progressiva valorização das cláusulas gerais, entendidas como dispositivos de adaptação das normas comuns à especificidade do caso individual. Por meio dessa via, como foi corretamente advertido, o enunciado normativo opera um reenvio receptivo a valores sentidos pela consciência civil, sem nenhuma escolha por parte do legislador. Dessa forma, a especificidade do caso rompe o suposto significado unívoco da regra, visto que são as circunstâncias da aplicação, valoradas em termos historicamente variáveis, a determinar sempre novos significados do mesmo enunciado.” LIPARI, Nicolò. *I civilisti e la certezza del diritto*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 69, n. 4, p. 1115–1143, dic., 2015, p. 1129.

No original: “Decisiva è stata la progressiva valorizzazione delle clausole generali, intese quali dispositivi di adattamento delle norme ordinarie alla specificità del caso individuale. Attraverso questa via, come è stato giustamente avvertito, l’enunciato normativo opera un rinvio recettizio a valori sentiti dalla coscienza civile, senza alcuna scelta da parte del legislatore. In tal modo la specificità del caso rompe el preteso significato unívoco della regola, in quanto sono le circostanze dell’applicazione, valutate in termini storicamente variabili, a determinare sempre nuovi significati del medesimo enunciato.”

²⁵⁸ Marcelo Neves assim denuncia a possibilidade de abuso na utilização de princípios em prol de um voluntarismo procedimentalmente incontrolável: “Os princípios, ao contrário, como estrutura de reflexividade, que nunca, em si mesmo, alcança definitividade, podem mais facilmente ser articulados para encobrir soluções que minam a consistência da ordem jurídica a favor de interesses particularistas que pressionam a solução do caso. Ou seja, os princípios são mais apropriados a abusos no processo de concretização, pois eles estão vinculados primariamente ao momento de abertura cognitiva do direito. Quando funcionam em um Estado constitucional rigorosamente consistente (autorreferência), eles desempenham um papel fundamental para adequar o direito à sociedade (heterorreferência). Entretanto, se o contexto social e a respectiva prática jurídica são fortemente marcados pelas ilegalidades e inconstitucionalidades sistematicamente praticadas pelos agentes públicos, uma doutrina principialista pode ser fator e, ao mesmo tempo, reflexo de abuso de princípios na prática jurídica.” NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p.190-191.

²⁵⁹ A expressão é carecedora de sentido, o qual se passa a explicitar: ao se falar em “consequências inconvenientes”, não se está a referir que a indeterminação do direito seja um mal em si mesma e nem mesmo que deva ser eliminada a qualquer custo. Exatamente o contrário: a indeterminação do direito é, no atual paradigma do direito, uma virtude, que aproxima o direito da realidade da vida e, por isso, deve ser exaltada. O sentido da expressão, portanto, deve ser remetido àqueles “inconvenientes mínimos”, os quais não se pretende a eliminação absoluta, mas apenas a controlabilidade dialética, a fim de que os cidadãos possam ter respeitadas as suas expectativas e a sua confiança e o direito possa cumprir o seu papel regulatório — portanto, libertador — da convivência humana.

Adota-se, no particular, as observações realizadas por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e também por Paolo Grossi, ao apontarem, respectivamente, que a introdução de um novo paradigma na compreensão do Direito

textos normativos causa insegurança jurídica, na medida em que impede os cidadãos de conhecerem o teor das prescrições normativas e de preverem com razoabilidade as consequências das escolhas por eles feitas, passando, conseqüentemente, a desconfiar do direito; *ii.* a ampla e incontrolável textura aberta da linguagem acaba sendo invocada como justificativa para a prática de subjetivismos no processo decisório, que acabam por violar a controlabilidade dialética das soluções judiciais e, além disso, ensejam a formatação de jurisprudência aleatória e fundada na álea.

É preciso, conforme já mencionado anteriormente, buscar *propostas e soluções harmonizadoras* — e essa harmonização não se trata de favor ao sistema jurídico, mas, antes, de exigência de um ordenamento jurídico plural, não absolutista e dialético —: o direito deve, portanto, se desenvolver tanto na dimensão da segurança jurídica, com a perene demarcação de núcleos de certeza de conteúdos, quanto na dimensão plurívoca e indeterminada dos significados dos textos jurídicos, de modo a realizar a permanente adaptação ao mundo da vida.

5.2 Da crise da certeza do direito à identificação das necessidades de tutela do direito à segurança jurídica

A apontada crise da certeza do direito inviabiliza, nos termos anteriormente definidos, o direito dos cidadãos de usufruírem de um ordenamento jurídico minimamente seguro. As violações provocadas pelo reconhecimento da desmedida incerteza do direito implicam graves

implicou — não necessariamente em termos prejudiciais — a diminuição da segurança jurídica e a necessidade de se conviver com a incerteza do direito como fator de adequação à realidade viva.

Conforme explica Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “Essa nova visão contribuiu, obviamente, para que a decisão judicial seja elaborada não só a partir de um *prius* anterior ao processo, mas também com base nos próprios elementos que nele serão colhidos. Tal acarretou uma diminuição do valor da segurança, contribuindo para reduzir a previsibilidade quanto ao desenvolvimento do processo e ao julgamento da lide, incrementando por conseqüência o perigo de colisão entre os direitos de liberdade e as posições de direitos fundamentais, que estes ocupam no mundo atual. Tudo isso se potencializa sobre o direito legislado, a acentuar ainda mais o papel do juiz na ‘descoberta’ do direito aplicável ao caso concreto.” OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica*. Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência, v. 35, n. 109, p. 57–71, mar., 2008, p. 61.

Segundo Paolo Grossi, “[...] a assim chamada incerteza do direito, que não se pode deixar de entender como fator negativo, se se adota um ângulo de observação puramente legalista, merece uma reversão valorativa, se é considerada como o preço natural a pagar pela recuperação de uma dimensão jurídica que seja verdadeiramente direito, ou seja, uma realidade muito mais complexa e variada do que um mero espelho da legalidade legal, mais aproximada de um insuprível modelo de justiça.” GROSSI, Paolo. *Sulla odierna “incertezza” del diritto*. Giustizia civile: rivista mensile di giurisprudenza. Milano, Dott. a. Giuffrè, v. 64, n. 4, p. 921–955, apr., 2014, p. 933 — tradução livre.

No original: “[...] la cosiddetta incertezza del diritto, che non si può non cogliere quale fattore negativo se si assume un angolo di osservazione prettamente legalistico, merita un capovolgimento valutativo, se la vi vede come il prezzo naturale da pagare per il recupero di una dimensione giuridica che sia veramente diritto, cioè realtà ben più complessa e variegata di un mero specchio della legalità legale, più ravvicinata a un insopprimibile modello giustiziale.”

prejuízos ao direito fundamental à segurança jurídica. Esse direito, todavia, não representa apenas o direito à relativa previsibilidade dos resultados potencialmente extraíveis dum determinado processo jurisdicional em específico; as infringências cometidas pela crise da certeza do direito alcançam, em verdade, a *dimensão plural, objetiva e socialmente difundida do direito à segurança jurídica*: todos os cidadãos brasileiros, participantes da comunidade jurídica de intérpretes do direito, têm, indistintamente, o direito a que o ordenamento jurídico seja seguro, no sentido de que possam conhecer os conteúdos possíveis do texto normativo, conhecer antecipadamente as consequências atribuíveis aos atos praticados e confiar nas mudanças que o direito pode ou não admitir.

Bem por isso, deve ser reconhecido que a titularidade do direito à segurança jurídica não é somente daqueles que, no presente, acionam as instâncias decisórias do Poder Judiciário — e que poderão, portanto, exigir que o processo, singularmente considerado, proteja a confiança depositada no direito e lhes renda resultados esperáveis e minimamente calculáveis. Trata-se de direito com titularidade reconhecida a todos aqueles que integram a comunidade jurídica, pois todos têm a expectativa de, quando necessário, poderem exigir, por meio de técnicas processuais adequadas, que o direito proporcione resultados dentro de margens jurídicas expectadas. Por essa razão, efetivado, esse direito tende a acarretar o sentimento de confiança e de estabilidade nas instituições democráticas e na realização da justiça.

Tendo sido descritas as diversas formas de agressão ao direito à segurança jurídica, bem como a pluralizada titularidade, pode-se avançar, a fim de reconhecer duas situações umbilicalmente ligadas²⁶⁰: *i.* o direito material à segurança jurídica, considerado em perspectiva objetiva e socialmente difundida, necessita de tutela jurisdicional diferenciada, moldada a partir das violações que lhe são impostas pela crise da certeza do direito; *ii.* as particularidades do direito material à segurança jurídica e as necessidades de tutela jurisdicional dele decorrentes devem ser assimiladas por meio de técnica processual igualmente especializada e, por isso mesmo, capaz de viabilizar a tutela adequada desse direito.

O objetivo da presente pesquisa é, justamente, compreender, em qual medida a necessidade de tutela jurisdicional diferenciada, decorrente das infrações ao direito à segurança

²⁶⁰ Adota-se, no particular, as observações feitas por Luiz Guilherme Marinoni, as quais merecem serem repetidas — tendo em vista que já foram referidas em outra oportunidade: “[...] deve demonstrar que determinada situação de direito material deve ser protegida por certo tipo de tutela jurisdicional, e que, para que essa modalidade de tutela jurisdicional possa ser implementada, deve ser utilizada uma precisa técnica processual.” MARINONI, Luiz Guilherme. *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. Revista da Escola Nacional da Magistratura, v. 1. ano 1, n. 1, p. 68–81, abr., 2006, p. 80.

jurídica, pode ser satisfeita pelo sistema de precedentes judiciais implantado no Brasil com o Código de Processo Civil.

6 DIREITO À EFETIVIDADE PROCESSUAL

O método de resolução estatal de conflitos, para ser qualificado como justo, deve também contar com a adjetivação de efetivo²⁶¹. No modelo do justo processo, a efetividade e a justiça estabelecem entre si um laço indissociável, de tal modo que, caso o processo se revele, por qualquer motivo, inefetivo, a ele será negada, conseqüentemente, a qualificação de instrumento capaz de propiciar justiça processual aos demandantes, já que justiça a destempo nada mais é do que justiça denegada²⁶².

A busca pela efetividade processual, além de apresentar uma preocupação internacionalmente generalizada²⁶³, também representa uma característica marcante da cultura jurídica brasileira e, mais especificamente, do direito processual civil brasileiro. Nessa medida, o desejo de alcançar a efetividade processual tornou-se verdadeiro mote da ciência processual nacional²⁶⁴, missão para a qual todo processualista é convocado e da qual não tem a opção de desertar. A cultura jurídica brasileira passa a ser caracterizada, nessa perspectiva, por um *valor*

²⁶¹ Segundo Fredie Didier Jr., “Da cláusula do *devido processo legal* podem ser extraídos todos os princípios que regem o direito processual, conforme visto. Dela também se extrai o *princípio da efetividade*: os direitos devem ser, além de reconhecidos, *efetivados*. *Processo devido é processo efetivo*.” DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed., Salvador: Juspodivm, 2015, p. 113.

²⁶² A observação é encontrada em clássica lição, escrita em 1921 por Rui Barbosa, ao ponderar que: “Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade.” BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997, p. 40.

²⁶³ Conforme elucida Luigi Paolo Comoglio, a questão da efetividade processual e do acesso ao sistema de justiça têm sido preocupações comuns de diversos países: “A partir dos anos setenta, repetidas intervenções legislativas e múltiplas decisões constitucionais também deram grande impulso, também na Itália, à evolução de um moderno ‘garantismo legal’. Foram, todavia, propostas novas e urgentes questões: a) como a justiça pode ser tornada concretamente acessível a todos; b) como é possível garantir às partes em lide um direito de ação, que não seja puramente teórico, mas efetivo, contribuindo para reforçar o direito a um processo ‘justo’ e ‘equo’; c) como é permitido assegurar a efetividade da tutela jurisdicional, como requisito essencial da justiça em qualquer ordenamento jurídico socialmente avançado.” COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004, p. 303 — tradução livre.

No original: “A partire dagli anni Settanta, ripetuti interventi legislativi e molteplici pronunce costituzionali hanno impresso grande impulso anche in Italia all’evoluzione di un moderno ‘garantismo legale’. Si sono, tuttavia, proposti nuovi ed urgenti interrogativi: a) come si possa rendere la giustizia concretamente accessibile a tutti; b) come si riesca a garantire alle parti in lite un diritto di azione, che non sia puramente teorico, ma sia effettivo, concorrendo a rafforzare il diritto ad un processo ‘equo’ e ‘giusto’; c) come sia consentito assicurare l’effettività della tutela giurisdizionale, quale requisito essenziale della giustizia in qualsiasi ordinamento giuridico socialmente avanzato.”

²⁶⁴ Segundo José Roberto dos Santos Bedaque, “A busca da efetividade tornou-se verdadeira obsessão, talvez porque o processualista esteja consciente de que os progressos da técnica ainda não foram suficientes para produzir os resultados desejados.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 75.

claro e evidente: o aprimoramento legislativo, científico e jurisprudencial das normas processuais deve primar pela efetividade do processo²⁶⁵.

O valor da efetividade processual, todavia, não é finalístico e nem mesmo absoluto; em sentido exatamente contrário, a efetividade do processo deve ser vista como instrumental à tutela dos direitos. A tutela jurisdicional deve ser efetiva porque é por meio dela que os direitos se concretizam e passam a existir, de fato, no mundo da vida²⁶⁶. Nesse sentido, se o processo serve à consecução de determinados fins — donde se deduz a sua instrumentalidade —, os operadores devem se empenhar em aprimorar e manusear corretamente a tecnologia processual a fim de se alcançar a tutela jurisdicional efetiva dos direitos²⁶⁷.

A efetividade, apreendida no âmbito processual, significa a produção de *resultados verdadeiros* quanto aos direitos deduzidos pelas partes em juízo, por meio da tutela jurisdicional prestada no processo²⁶⁸. O processo efetivo, portanto, é aquele que produz, em tempo hábil, modificações na realidade, concretizando, no mundo dos fatos, a existência dos direitos judicialmente reconhecidos²⁶⁹. A efetividade processual trata-se, portanto, da *qualidade*

²⁶⁵ José Rogério Cruz e Tucci, afirma, sob esse aspecto, que “[...] o esforço para harmonizar as exigências técnicas do processo com uma estrutura razoavelmente célere vem caracterizado em época contemporânea, nas leis dos mais diferentes ordenamentos processuais.” TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal*. Revista de processo, v. 17, n. 66, p. 72–78, abr./jun., 1992, p. 73.

²⁶⁶ De acordo com Nicolò Trocker, “Se fortalece, assim, uma visão da realidade que recusa a considerar o direito substancial e o processo como entidades claramente distintas. Na opinião da Corte, a tutela jurídica dos interesses não é necessariamente pré-constituída com normas materiais, mas antes por normas instrumentais; é confiada (também) ao processo. A ação ou o direito de acesso ao juiz é concedido para tutela do direito validado, é o instrumento para a constituição deste último que não (necessariamente) existe antes do processo.” TROCKER, Nicolò. *Dal giusto processo all’effettività dei rimedi: l’azione nell’elaborazione della Corte europea dei diritti dell’uomo*. Parte prima. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 61, n. 1, p. 35–65, mar., 2007, p. 62-63 — tradução livre.

No original: “Prende corpo così una visione della realtà che rifiuta di considerare diritto sostanziale e processo come entità nettamente separate. Nella prospettiva della Corte la tutela giuridica degli interessi non è necessariamente preconstituited con norme materiali, sibbene da norme strumentali; è affidata (anche) al processo. L’azione o il diritto di acesso al giudice è concesso a tutela del diritto fatto valere, è lo strumento per la costituzione di quest’ultimo che prima del processo non (necessariamente) esiste.”

²⁶⁷ Cândido Rangel Dinamarco assim observa: “O monumental esforço dos idealistas portadores da bandeira da *efetividade do processo* abriu espaço para a consciência da necessidade de pensar no processo como algo dotado de bem definidas destinações institucionais e que deve cumprir os seus objetivos sob pena de ser menos útil e tornar-se socialmente ilegítimo.” DINARMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 21.

²⁶⁸ Para José Roberto dos Santos Bedaque, a efetividade do processo deve ser entendida como “[...] aptidão para produzir concretamente os resultados dele esperados” ou, ainda, a “[...] aptidão do instrumento para tutelar os direitos que necessitam de proteção.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 32 e p. 86, respectivamente.

²⁶⁹ Teori Albino Zavascki afirma, nesse sentido, que “O direito fundamental à efetividade do processo — que se denomina também, genericamente, direito de acesso à justiça ou direito à ordem jurídica justa — compreende, em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos.” ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 64.

daquele processo que foi capaz de produzir os efeitos desejados, fazendo-os cumprir em plenitude²⁷⁰.

Para tanto, o processo deve contar com expedientes idôneos²⁷¹ e com uma estrutura aberta²⁷², suficientemente capazes de enfrentar os diversos pontos de estrangulamento que acabam por impedir que o processo cumpra sua missão instrumental e que atinja o fim desejado, qual seja, a produção de decisões substancialmente justas, verdadeiramente preocupadas com a tutela adequada e efetiva dos direitos. Logo, conforme já ressaltado, mostra-se de fundamental importância o aprimoramento das técnicas processuais que estruturam o processo²⁷³, permitindo que a ele seja concedido o melhor rendimento possível, implementando no mundo real — e não no mundo imaginário e nem no mundo utopicamente idealizado — os comandos decisórios hauridos em sede processual²⁷⁴.

Conforme aponta José Carlos Barbosa Moreira, em estudo destinado a aferir a efetividade do processo — enquanto instrumento para a realização da tutela dos direitos —, é

²⁷⁰ Eduardo José da Fonseca Costa pontua que “[...] a efetividade nada mais é, então, do que uma medida de realização concreta (= posterius fático) dos efeitos calculados in abstrato na norma jurídica (= prius lógico), ou seja, um ‘degré de réalisation dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit’. Enfim, a efetividade apresenta-se em ‘graus’, representando ‘a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social’.” COSTA, Eduardo José da Fonseca. *As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência*. Revista de Processo *online*, v. 30, n. 121, p. 275–300, mar., 2005, p. 05.

²⁷¹ Teori Zavascki afirma, nessa medida, que, “Sob a denominação de *direito à efetividade da jurisdição* queremos aqui designar o conjunto de direitos e garantias que a Constituição atribuiu ao indivíduo que, impedido de fazer justiça por mão própria, provoca a atividade jurisdicional para vindicar bem da vida de que se considera titular. A este indivíduo devem ser, e são, assegurados meios expeditos e, ademais, eficazes, de exame da demanda trazida à apresentação do Estado.” ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 64.

²⁷² Ao tratarem do *direito de acesso ao sistema de justiça*, sem que seja imposto ao demandante impedimentos ou limitações de todo tipo, Italo Andolina e Giuseppe Vignera, assinalam que “[...] a sua efetividade resulta plenamente garantida somente se for dada ao processo uma estrutura tendencialmente ‘aberta’: uma estrutura, isto é, idônea para provocar imediatamente o exercício da função jurisdicional por parte de qualquer pessoa.” ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997, p. 72 — tradução livre. No original: “[...] la sua effettività risulta pienamente garantita solo se al processo si dà una struttura tendenzialmente ‘aperta’: una struttura, cioè, idonea a provocare immediatamente l’esercizio della funzione giurisdizionale da parte di chiunque.”

²⁷³ Conforme esclarece Luiz Guilherme Marinoni, “Como o direito à efetividade da tutela jurisdicional deve atender ao direito material, é natural concluir que o direito à efetividade engloba o direito à preordenação de técnicas processuais capazes de dar respostas adequadas às necessidades que dele decorrem.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 114.

²⁷⁴ Segundo Eduardo José da Fonseca Costa, “[...] o princípio da efetividade processual é uma norma que fixa como um fim prático desejado a vigência de um sistema processual civil em que todas as resoluções judiciais sejam cabalmente cumpridas, seja porque ele é provido de instrumentos coercitivos suficientes para dissuadir qualquer desobediência, seja porque ele é munido de instrumentos por meio dos quais é possível obter o mesmo resultado prático contra a vontade do recalcitrante.” COSTA, Eduardo José da Fonseca. *As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência*. Revista de Processo *online*, v. 30, n. 121, p. 275–300, mar., 2005, p. 10.

“fato notório, hoje em dia, a crescente e generalizada preocupação com a efetividade do processo”, compreendendo-a como a “aptidão de um meio ou instrumento para realizar os fins ou produzir os efeitos a que se ordena”²⁷⁵. Nesse estudo, o autor também elaborou um programa básico, elencando os requisitos essenciais que o processo deve buscar satisfazer para merecer a qualificação de efetivo. De acordo com o seu ideário, o processo deveria contar, dentre outras, com as seguintes características: *i.* “o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema”; *ii.* “esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos (e das outras posições jurídicas de vantagem) de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive, quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos”²⁷⁶.

A efetividade processual constitui, portanto, um direito fundamental²⁷⁷, de titularidade difusa, instituído em benefício do cidadão e passível de ser exercido e de ser exigido contra o Estado. Referido direito espraia carga principiológica e axiológica para todo o ordenamento jurídico, em várias perspectivas: *i.* em âmbito internacional, os grandes tratados e convenções internacionais se preocupam em reconhecer o direito do homem a dispor de instrumentos efetivos perante os órgãos de justiça²⁷⁸; *ii.* em âmbito constitucional, a Constituição da

²⁷⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. In: ————. *Temas de direito processual civil*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27.

²⁷⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. In: ————. *Temas de direito processual civil*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27.

²⁷⁷ Conforme esclarecimentos prestados por Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Celina de Arruda Alvim, “O direito ao processo, portanto, com o tónus da efetividade, pertence ao conjunto desses direitos, ditos fundamentais, que estão ligados ao conceito de dignidade humana, princípio sobre o qual está assentada a estrutura do Estado brasileiro (art. 1.º, III, da CF [...]).” WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Anotações sobre a efetividade do processo*. Revista dos tribunais *online*, v. 92, n. 814, p. 63–70, ago., 2003, p. 4.

²⁷⁸ Nesse sentido, confira a disposição contida na Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Artigo 8º Toda a pessoa tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei.” ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 217 (III) A. Paris, 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 26 set. 2019.

Sob esse aspecto, Domenico Dalfino, afirma que “[...] graças ao louvável esforço integrativo-criativo expresso pelas Cortes europeias, o direito a uma justiça efetiva, além das meras declarações formais ou de princípio, conseguiu encontrar novos e concretos espaços de aplicação, em relação aos componentes nos quais se aplica a tutela jurisdicional; além disso, a elaboração relativa a esse direito foi além, até o ponto de conferir ao campo dos c.d. ‘remédios’, quais institutos de complementação em vista da mais adequada satisfação das situações subjetivas substanciais de matriz comunitária.” DALFINO, Domenico. *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 68, n. 3, p. 907–941, sett., 2014, p. 910 — tradução livre.

No original: “[...] grazie all’ encomiabile sforzo integrativo-creativo espresso dalle Corti europee, il diritto ad una giustizia effettiva, al di là delle mere dichiarazioni formali o di principio, è riuscito a trovare spazi applicativi nuovi e concreti, in relazione alle componenti nelle quali si esplica la tutela giurisdizionale; per di

República, ao assegurar os direitos de acesso ao sistema de justiça e ao devido processo legal, determina, por consequência direta, que tais direitos sejam efetivos, a se desenvolverem num espaço temporal que não se admita dilatações indevidas, e com observância do dever de eficiência²⁷⁹; *iii.* em âmbito processual, o Código de Processo Civil é repleto de dispositivos que asseguram o direito à efetividade processual, seja no que tange ao direito à prolação de decisões de mérito efetivas, à observância do dever de eficiência, à concessão de poderes ao juiz para conduzir o processo de modo efetivo, à possibilidade de adoção de medidas necessárias à efetivação das tutelas jurisdicionais concedidas e, inclusive, à realização de pesquisas estatísticas para avaliação da efetividade das normas processuais²⁸⁰; *iv.* em âmbito

più, l'elaborazione relativa a tale diritto si è spinta oltre, sino ad investire il campo dei c.d. 'rimedi', quali istituti di completamento in vista della più adeguata soddisfazione delle situazioni soggettive sostanziali di matrice comunitaria.”

²⁷⁹ Eis os dispositivos constitucionais que permitem a formulação de tal assertiva:

“Art. 5º [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...] LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2019 [1988]. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/norma/579494/publicacao/16434817>>. Acesso em: 26 set. 2019.

As observações realizadas por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira são essenciais quanto ao tema: “O importante é que a constitucionalização do direito ao processo e à jurisdição (a exemplo do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição brasileira), de envoltas com o direito fundamental de efetividade e a um processo justo (art. 5º, incisos XXXVII, LII, LIV, LV, LVI, LX, e LXXVIII), determina também uma garantia ‘de resultado’, ressaltando o nexo teleológico fundamental entre ‘o agir em juízo’ e a ‘tutela’ jurisdicional do direito afirmado. Trata-se de um direito fundamental e inviolável por parte dos poderes estatais, pois, assegurado o acesso à jurisdição, em caso de lesão ou ameaça de lesão a direito (ainda que meramente afirmada), constituiria evidente incongruência não se compreendesse aí o exercício do direito de invocar e obter tutela jurisdicional adequada e efetiva. [...] Daí decorrem o direito fundamental a um processo justo e o direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva e adequada.” OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica*. Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência, v. 35, n. 109, p. 57–71, mar., 2008, p. 63–64.

²⁸⁰ Eis os dispositivos do Código de Processo Civil que permitem alcançar referida conclusão:

“Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

“Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”

“Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] II – velar pela duração razoável do processo; III – prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias; IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; [...] VI – dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito; [...] IX – determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;”

“Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.”

“Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.”

legal, a legislação de caráter extravagante também impõe à Administração Pública — da qual não se exclui, por obviedade, o Poder Judiciário — o dever de observância à eficiência na prestação dos serviços públicos²⁸¹. Todos esses dispositivos normativos foram construídos e devem ser interpretados e aplicados com vistas a alcançar um processo de resultados verdadeiros — logo, resultados efetivos —, necessariamente atrelados às necessidades de tutela reportadas pelo direito material.

De fato, a habilidade do processo jurisdicional em transformar a realidade — ou seja, de produzir resultados verdadeiros no mundo da vida —, perpassa, atualmente, por uma evolução²⁸²: *i.* primeiramente priorizou-se a eficácia do processo, ou seja, a capacidade virtual de suas normas para a produção de resultados, sem se preocupar, no entanto, com a real produção dos efeitos esperados²⁸³; *ii.* posteriormente buscou-se a efetividade do processo, correndo-se, no entanto, o risco do processo produzir os efeitos desejados mas em tempo inoportuno²⁸⁴; *iii.* atualmente, as atenções se voltam para a eficiência do processo, ou seja, o

“Art. 565. [...] § 3º O juiz poderá comparecer à área objeto do litígio quando sua presença se fizer necessária à efetivação da tutela jurisdicional.”

“Art. 1.069. O Conselho Nacional de Justiça promoverá, periodicamente, pesquisas estatísticas para avaliação da efetividade das normas previstas neste Código.”

Humberto Theodoro Júnior, ao abordar as matrizes originárias da nova legislação processual, aponta que “A garantia de um *processo justo*, sob o prisma das garantias constitucionais, retrata, além de outros atributos, ‘a eficiência e a celeridade das decisões judiciais’, assim como ‘a efetividade da tutela jurisdicional’. É por essas possibilidades interpretativas da cláusula do *devido processo legal*, em todos os planos em que seu desenvolvimento reflete, que assume as proporções de um verdadeiro ‘*standard de justiça*’, capaz de limitar a atuação estatal, proteger os direitos fundamentais e concretizar a democracia.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O compromisso do projeto de novo código de processo civil com o processo justo*. Revista Síntese de direito civil e processual civil, v. 12, n. 75, p. 9–43, jan./fev., 2012, p. 20.

²⁸¹ A Lei de nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, assim dispõe: “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

Leonardo Carneiro da Cunha sustenta, nesse particular, que “O *princípio da eficiência* está, de igual modo, previsto na lei que regula o procedimento administrativo federal. Nos termos do art. 2.º da Lei 9.784, de 29.01.199, a Administração Pública obedecerá, entre tantos outros, ao princípio da eficiência.” CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de processo civil brasileiro*. Revista de processo online, v. 39, n. 233, p. 65–84, jul., 2014, p. 1.

²⁸² Confira-se, nesse sentido, o trabalho escrito por Eduardo José Fonseca da Costa — já mencionado ao longo dessa pesquisa —, por meio do qual foram depurados os conceitos das expressões eficácia, efetividade e eficiência em âmbito processual, conjugando-os, respectivamente, com os modelos de Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito: COSTA, Eduardo José da Fonseca. *As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência*. Revista de Processo online, v. 30, n. 121, p. 275–300, mar., 2005.

²⁸³ “[...] o termo ‘eficácia’ expressa a aptidão ou qualidade da norma jurídica ou do fato jurídico para a produção de ‘efeitos’ no mundo fenomênico, independentemente de sua efetiva produção.” COSTA, Eduardo José da Fonseca. *As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência*. Revista de Processo online, v. 30, n. 121, p. 275–300, mar., 2005, p. 3-4.

²⁸⁴ “[...] ‘efetividade’ nada mais é do que o ‘cumprimento real das normas jurídicas por seus destinatários’.” COSTA, Eduardo José da Fonseca. *As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência*. Revista de Processo online, v. 30, n. 121, p. 275–300, mar., 2005, p. 5.

desempenho das normas processuais no conseguimento das finalidades descritas em sede normativa²⁸⁵.

A evolução pela qual perpassa o direito à efetividade processual e que, atualmente, culmina com o primado da eficiência²⁸⁶, se insere nos ideais do modelo de justo processo, na medida em que busca atingir, a partir da conjugação de referenciais quantitativos e qualitativos, um instrumento capaz de viabilizar a prestação da tutela jurisdicional aos direitos de forma adequada, tempestiva e real²⁸⁷.

A efetividade processual — que, a partir de agora, não pode mais se descompromissar com o estágio avançado de eficiência —, compreende um enfeixamento de princípios, que distingue as dimensões normativas. Nesse sentido, implica reconhecer que, para ser qualificado como efetivo, o método de resolução estatal de conflitos deve proporcionar: *i.* a eliminação de todos os obstáculos que possam inviabilizar a concretização da garantia de acesso à ordem

²⁸⁵ “Às imagens setORIZADAS — e, conseqüentemente, parciais — da eficácia (conceito lógico-normativo) e da efetividade (conceito sociológico-normativo), portanto, pode-se adicionar a imagem da eficiência (conceito finalístico-normativo). A palavra eficiência, que na Antigüidade Clássica significou a ‘ação da causa eficiente’, em todos os idiomas hoje significa ‘a adequação de um instrumento à sua função’. Assim, a ‘eficácia’ é o atributo lógico das normas jurídicas; a ‘efetividade’, o atributo empírico; a ‘eficiência’, o atributo finalístico (com o quê se vê a natureza essencialmente triádica da experiência jurídica — normativa, fática e finalística —, sendo impossível a qualquer jurista isolar, de maneira absoluta, qualquer dos fatores operantes dentro da unidade dinâmica do direito, conquanto cortes epistemológicos possibilitem as prevalências de análise sobre uma ou duas dessas dimensões). [...] Assim, o conceito permite avaliar tanto a prestabilidade dessas normas jurídicas para o alcance dos fins para os quais foram elas criadas (i.é., se tais normas são potencialmente hábeis para concretizar os objetivos que as inspiraram — relação out/input), quando o impacto final dessas decisões estatais normativamente expressas (i.é., se o estado fático produzido pela efetivação dessas normas coincide com o estado ideal de coisas desejado — relação ouput/goal). Enfim, o conceito de eficiência jurídica permite uma avaliação da performance normativa.” COSTA, Eduardo José da Fonseca. *As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência*. Revista de Processo online, v. 30, n. 121, p. 275–300, mar., 2005, p. 9.

²⁸⁶ De acordo com Renata Christiana Vieira Maia, “Eficiente, portanto, seria o processo quando, além de célere e econômico, seja também aquele que se encerra por uma decisão reta ou por uma decisão fundamentada com base nos fatos alegados e provados nas razões de direito, e que seja despido de dilações indevidas.” MAIA, Renata Christiana Vieira. *A efetividade do processo de conhecimento mediante a aplicação do processo oral*. Belo Horizonte, 2015. 302 f. Tese (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015, f. 230.

²⁸⁷ As duas perspectivas da eficiência — quantitativa e qualitativa — devem ser conjugadas, de modo que uma não exclua a outra por completo. Sob este prisma, Humberto Theodoro Júnior, Dierle José Coelho Nunes e Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes Bahia, referenciando estudo realizado por Michele Taruffo, apontam: “Uma primeira perspectiva de eficiência, aqui nomeada quantitativa, se definiria em termos de velocidade de procedimentos e redução de custos, na qual quanto mais barata e rápida a resolução dos conflitos, maior eficiência seria obtida, sendo a qualidade do sistema processual e de suas decisões um fator de menor importância. Uma segunda perspectiva de eficiência (qualitativa) seria aquela na qual um dos elementos principais de sua implementação passaria a ser a qualidade das decisões e de sua fundamentação e que conduziria à necessidade de técnicas processuais adequadas, corretas, justas, equânimes e, completaríamos, democráticas para aplicação do direito.” THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. *Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro* — Análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. Revista de processo, v. 35, n. 189, p. 9–52, nov., 2010, p. 21.

jurídica justa²⁸⁸; *ii.* a outorga, por meio de tutela jurisdicional adequada e específica, de tudo aquilo que o titular do direito material tem direito a obter, tal como se houvesse ocorrido o adimplemento voluntário²⁸⁹; *iii.* a solução das controvérsias num tempo justo²⁹⁰, sem dilações indevidas e eliminando as etapas mortas do processo²⁹¹; *iv.* a adequada estruturação do procedimento e a variabilidade das tutelas jurisdicionais proporcionáveis aos direitos²⁹²; *iv.* a obtenção de decisão quanto ao mérito do objeto litigioso, com o afastamento, por consequência,

²⁸⁸ Domenico Dalfino, ao correlacionar o direito à efetividade processual com a garantia de acesso ao sistema de justiça, assevera que “O ordenamento é efetivo se garante a todos o direito de acessar, mesmo de fato, a justiça, eliminando os obstáculos que, seja na fase de exercício, seja naquela da satisfação prática e concreta, se entropõem ante a mais completa realização das situações substanciais subjetivas reconhecidas pelo mesmo ordenamento jurídico.” DALFINO, Domenico. *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 68, n. 3, p. 907–941, sett., 2014, p. 913 — tradução livre.

No original: “L’ordinamento è effettivo se garantisce a tutti il diritto di accedere, anche di fatto, alla giustizia, eliminando gli ostacoli che, sia nella fase dell’esercizio sia in quella della soddisfazione pratica e concreta, si frappongono alla più completa realizzazione delle situazioni sostanziali soggettive riconosciute dall’ordinamento stesso.”

De acordo com Ada Pellegrini Grinover, fazendo menção ao trabalho desenvolvido por Kazuo Watanabe, “Dados elementares do direito à ordem jurídica justa são: a) o direito à informação; b) o direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; c) o direito ao acesso a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; d) o direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; e) o direito à remoção dos obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo a uma justiça que tenha tais características.” GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 9/10.

²⁸⁹ Para Humberto Theodoro Júnior, “Qualquer que seja o tipo de tutela jurisdicional, seu desempenho há de ser dar de forma a proporcionar, na medida do possível, tudo aquilo que o titular do direito subjetivo violado tem direito de obter, segundo os preceitos do direito material (princípio da *efetividade*). A tutela jurisdicional deve, portanto, ser prestada em procedimentos capazes de gerar provimentos que se adequem a esse objetivo máximo: ‘dare per quanto è possibile praticamente a chi ha um diritto tutto quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire, alla stregua della legge sostanziale’.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Novos rumos do direito processual civil: efetividade da jurisdição e classificação das ações — ação executiva lato sensu — tutela de urgência*. Revista dialética de direito processual, n. 26, p. 20–63, maio, 2005, p. 63.

²⁹⁰ José Rogério Cruz e Tucci, atualizando o seu ideário, afirma que “Não basta, pois, que se assegure o acesso aos tribunais, e, conseqüentemente, o *direito ao processo*. Delineia-se inafastável, também, a absoluta *regularidade* deste (*direito ao processo*), com a verificação efetiva de todas as garantias resguardadas ao consumidor da justiça, *em um breve prazo de tempo*, isto é, dentro de um *tempo justo*, para a consecução do escopo que lhe é reservado.” TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantia do processo sem dilações indevidas*. Revista jurídica: doutrina, legislação, jurisprudência, v. 48, n. 277, p. 5–25, nov., 2000, p. 23.

²⁹¹ Conforme explica Renata Christiana Vieira Maia, ao abordar a pesquisa empírica realizada por Paulo Alves Silva, “[...] os tempos mortos do processo, o tempo em que os processos ficam parados, mofando e adquirindo teias de aranha e bolor nos escaninhos, aguardando enfim na fila para juntada de petições e devida conclusão, é também um grande vilão para a morosidade da prestação jurisdicional. E para acabar com o mesmo, é inquestionável que a realização dos atos concentrados em poucas e próximas audiências seja uma solução.” MAIA, Renata Christiana Vieira. *A efetividade do processo de conhecimento mediante a aplicação do processo oral*. Belo Horizonte, 2015. 302 f. Tese (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015, f. 214.

²⁹² Segundo esclarece Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “[...] para efeito de uma efetividade qualificada não basta apenas readequar a ação processual, atípica por definição, mas sim estabelecer meios e procedimentos adequados, de conformidade com técnicas melhor predispostas à realização dos direitos, e principalmente tutelas jurisdicionais seguras e eficientes, além de adequadas.” OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica*. Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência, v. 35, n. 109, p. 57–71, mar., 2008, p. 64.

de julgamentos meramente extintivos do processo²⁹³; v. a proporcionalidade na aplicação dos recursos para solução das controvérsias, levando-se em consideração tanto as demandas singulares, quanto a massa de processos que compõem toda a complexidade do sistema de justiça²⁹⁴.

Tendo sido caracterizado o direito à efetividade processual, resta, pois, a necessidade de abordar os problemas que o afligem e o impedem de se concretizar na prática judiciária brasileira. A partir dessa análise será possível identificar as necessidades de tutela jurisdicional, bem como averiguar a idoneidade das técnicas processuais para a prestação de tutela.

6.1 A crise do sistema de justiça brasileiro

O sistema de justiça brasileiro e, mais especificamente, os resultados obtidos por meio da aplicação da legislação processual civil não têm sido, na atualidade, efetivos. A inefetividade do sistema de resolução estatal das controvérsias e também das leis processuais decorre de um

²⁹³ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira elucida que “A efetividade qualificada, numa perspectiva dinâmica, implica em primeiro lugar, o direito da parte à possibilidade séria e real de obter do juiz uma decisão de mérito, adaptada à natureza das situações subjetivas tuteláveis, de modo a que seja plenamente satisfeita a ‘necessidade de tutela’ manifestada na demanda. Para tanto, é altamente desejável sejam elásticas e diferenciadas as formas de tutela, levando em conta as peculiaridades das crises sofridas pelo direito material e as exigências do caso concreto.” OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 127-128.

De igual modo, Nicolò Trocker, ao discorrer sobre as garantias processuais presentes na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, pondera que “[...] a garantia do art. 6, § 1, conv., segundo os ensinamentos do juiz europeu, na presença de uma controvérsia juridicamente relevante, garante ao indivíduo não apenas o direito de dar vida a um processo, mas também o direito à decisão por parte do juiz estatal mediante um provimento jurisdicional sobre a demanda que tenha como objeto a tutela de uma situação jurídica incerta.” TROCKER, Nicolò. *Dal giusto processo all’effettività dei rimedi: l’azione nell’elaborazione della Corte europea dei diritti dell’uomo*. Parte seconda. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano, A. Giuffrè, v. 61, n. 2, p. 439-460, giugno, 2007, p. 442-443 — tradução livre.

No original: “[...] la garanzia dell’art. 6, §1, conv. che, secondo l’insegnamento del giudice europeo, in presenza di una controversia giuridicamente rilevante, garantisce al singolo non solo il diritto di dar vita ad un processo ma anche il diritto alla decisione da parte del giudice statale mediante provvedimento giurisdizionale sulla domanda avente ad oggetto la tutela di una situazione giuridica controversa.”

²⁹⁴ De acordo com Remo Caponi, se faz necessário aplicar o princípio da proporcionalidade ao sistema de justiça, de modo a atribuir uma quota apropriada de recursos às demandas singulares, mas tendo-se em conta a necessidade de reservar recursos aos outros casos. Assim se manifesta o autor: “Em outras palavras, visto que os recursos do serviço de justiça são — e provavelmente sempre serão (pelo menos na Itália) — escassos em comparação à necessidade, que é a congruência da resposta à carência individual de tutela de cada caso, é uma variável dependente da necessidade de assegurar a eficiência do sistema judiciário como um todo, ou seja, uma alocação tendencialmente otimizada dos recursos em relação aos resultados médios que o serviço de justiça é chamado a realizar na gestão da massa dos processos.” CAPONI, Remo. *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano, A. Giuffrè, v. 65, n. 2, p. 389-406, giugno, 2011, p. 393 — tradução livre.

No original: “In altri termini, poiché le risorse del servizio giustizia sono — e probabilmente saranno sempre (almeno in Italia) — scarse rispetto al fabbisogno, cioè la congruità della risposta al bisogno individuale di tutela nel singolo caso, è una variabile dipendente dalla necessità di assicurare l’efficienza del sistema giudiziario nel suo complesso, cioè un’allocazione tendenzialmente ottimale delle ricorresse rispetto ai risultati medi che il servizio giustizia è chiamato a realizzare nella gestione della massa dei processi.”

conjunto de circunstâncias, englobadas na expressão “crise no sistema de justiça” ou, ainda, “crise do Poder Judiciário”. Essas expressões representam a grave e atemporal situação vivenciada pelo sistema de justiça brasileiro, bem como designam as inúmeras deficiências e incorreções no que se refere à prestação da tutela jurisdicional requerida pelos consumidores e usuários desse serviço público²⁹⁵.

A percepção quanto à trágica situação enfrentada pelos órgãos jurisdicionais não representa, todavia, qualquer novidade no cenário brasileiro, de modo que se pode afirmar que a crise do sistema de justiça se implantou na cultura jurídica brasileira²⁹⁶, se espraiando por diversos setores institucionais e sociais e dela passando a fazer parte indissociável²⁹⁷.

O conjunto desses fatores, ao serem visualizados em perspectiva panorâmica, acabam por colorir em tons acinzentados a grande pintura do colapso do sistema judiciário brasileiro, retratando as diversas falhas e as inúmeras distorções corriqueiramente recorrentes quando se requer a prestação da tutela jurisdicional. Essa grande fotografia da crise do sistema de justiça é composta por vários elementos, dos quais se destaca, na contemporaneidade, os seguintes²⁹⁸:

²⁹⁵ De acordo com Marcelo Veiga Franco, “A expressão ‘*crise da justiça*’ (ou ‘*crise judiciária*’ ou ‘*crise do Judiciário*’) é comumente utilizada para retratar as falhas e imperfeições verificadas no sistema judicial brasileiro de resolução de conflitos de interesses. A ausência de uma pronta resposta estatal às demandas apresentadas pelos respectivos usuários gera um contexto de insatisfação generalizada com a qualidade do serviço público jurisdicional.” FRANCO, Marcelo Veiga. *Administração pública como litigante habitual: a necessária mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos*. Belo Horizonte, 2018. 541 f. Tese (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018, f. 26.

²⁹⁶ Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior, ao reconhecer que “a justiça brasileira continua desacreditada aos olhos da sociedade pela excessiva demora na solução dos litígios”, ressalta que “as simples alterações legislativas, por si só jamais terão força para combater a crônica ineficiência dos serviços judiciários, cujas raízes são mais profundas e ultrapassam, amplamente, o mero esquema procedimental.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais*. Revista de processo *online*, v. 30, n. 125, p. 61–78, jul., 2005, p. 06.

²⁹⁷ Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover afirma que, “Importante, para o diagnóstico da crise, é extremar seus diversos aspectos: crise estrutural de um dos Poderes do Estado intervencionista e monopolizador, macrocéfalo e ineficiente; crise institucional que surgiu e se agravou no delicado jogo do equilíbrio entre os Poderes, com a transformação do Judiciário em mediador de crises políticas e árbitro de conflitos sociais; crise de mentalidade, pela inadequação do recrutamento e da formação do juiz para lidar com os novos conflitos, sociais e políticos, que é chamado a dirimir; crise dos mecanismos de controle do exercício da função jurisdicional; crise dos cânones clássicos da responsabilidade do juiz.” GRINOVER, Ada Pellegrini. *A crise do Poder Judiciário*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 34, p. 11–25, dez., 1990, p. 24.

De igual forma, José Joaquim Calmon de Passos aponta que “Falar sobre crise do Poder Judiciário é algo que comporta mais de uma abordagem. É possível inseri-la na crise mais ampla do próprio modelo de Estado em que ele se insere. Pode, outrossim, configurar-se como uma crise que lhe seja específica, localizada no processo constitucional de produção jurisdicional do direito ou na institucionalização dos agentes políticos por ele responsáveis, como pode, simplesmente, ser um problema menor relacionado com os procedimentos adotados naquele processo constitucional já referido.” CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *A crise do Poder Judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos*. Revista Síntese de direito civil e processual civil, v. 3, n. 15, p. 5–15, jan./fev., 2002, p. 5.

²⁹⁸ Conforme amplamente reconhecido pelos estudiosos da temática, as causas que acarretam a crise do sistema de justiça brasileiro são inúmeras e multifacetadas, originárias de diversos setores da sociedade e das instituições,

i. a lentidão e a morosidade na solução dos litígios; *ii.* o alto custo operacional da atividade jurisdicional; *iii.* a excessiva formalidade e a dificuldade de acesso à justiça; *iv.* o enorme volume de processos em trâmite perante o Poder Judiciário; *v.* a quantidade, a complexidade e, muitas vezes, a ausência de harmonia dos textos legislativos, tenham eles natureza processual ou substancial; *vi.* a litigiosidade massificada e repetitiva, própria de uma sociedade capitalista e consumerista; *vii.* o intenso e infundado demandismo por parte cidadãos; *viii.* a baixa difusão e a incipiente utilização de métodos adequados de solução das controvérsias; *ix.* a insegurança jurídica decorrente do tratamento díspar de questões similares; *x.* a mentalidade dos profissionais do Direito, hermeneuticamente atrelada aos dogmas do positivismo e pragmaticamente descompromissada com a função social do processo; *xi.* a reprovação difusa da sociedade quanto aos serviços prestados pelo Poder Judiciário.

A crise do sistema de justiça tem sido, além disso, ao longo dos tempos, alçada à condição de mola propulsora das mais diversas reformas legislativas experimentadas na seara processual²⁹⁹. As diversas modificações ocorridas no passado, no presente — e, ao que tudo indica, no futuro — sempre invocaram a crise experimentada pela justiça brasileira como fator

de tal forma que a sua sistematização e categorização se revela um difícil — e infrutífero — empreendimento. Logo, o que interessa para o cumprimento das finalidades da presente pesquisa é, tão somente, a enumeração dos principais elementos caracterizadores dessa situação crítica.

Para tanto, confira-se, em sede doutrinária: JAYME, Fernando Gonzaga. *Obstáculos à tutela jurisdicional efetiva*. Revista forense: doutrina, legislação e jurisprudência, v. 104, n. 399, p. 95–110, set./out., 2008, p. 96–97; DALFINO, Domenico. *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 68, n. 3, p. 907–941, sett., 2014, p. 909; GRINOVER, Ada Pellegrini. *A crise do Poder Judiciário*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 34, p. 11–25, dez., 1990, p. 11–13; CAPELLARI, Eduardo. *A crise do Poder Judiciário no contexto da modernidade: a necessidade de uma definição conceitual*. Revista de informação legislativa, v. 38, n. 152, p. 135–149, out./dez., 2001, p. 137; FRANCO, Marcelo Veiga. *Administração pública como litigante habitual: a necessária mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos*. Belo Horizonte, 2018. 541 f. Tese (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018, f. 22–86.

Sob o caráter empírico, confira o Relatório Justiça em Números, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, o qual divulga a realidade dos tribunais brasileiros, com detalhamentos da estrutura e da litigiosidade, além dos indicadores e das análises essenciais para subsidiar a gestão judiciária brasileira: Justiça em Números 2019/Conselho Nacional de Justiça — Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em 20 dez. 2019.

²⁹⁹ Érico Andrade assim pontua: “Daí a afirmação generalizada de que a justiça está sempre em crise tratando-se de verdadeiro lugar-comum a recomendação das reformas.” ANDRADE, Érico. *O mandado de segurança: a busca da verdadeira especialidade (proposta de releitura à luz da efetividade do processo)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 46.

Fernando Gonzaga Jayme também assinala que, “Por sua vez, é lugar comum afirmar que o exagerado tempo de duração dos processos judiciais acarreta enorme prejuízo à sociedade e priva dos indivíduos de efetiva tutela jurisdicional, o que produz, na coletividade, uma sensação de profunda frustração ao assistir às injustiças prevalecerem sobre o direito. [...] A despeito do descalabro da prestação jurisdicional em nosso país, a resposta até então dada à sociedade, na tentativa de atenuar a crise do poder judiciário, se resumiu, tão somente, às alterações do ordenamento jurídico.”. JAYME, Fernando Gonzaga. *Necessitamos de um novo Código de Processo Civil? In: MACHADO, Felipe; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). Constituição e processo: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 135/136.

precípua para justificar as mudanças na legislação processual, nos institutos jurídicos processuais e, mais recentemente, até mesmo de uma nova codificação processual.

6.2 Da crise do sistema de justiça à identificação das necessidades de tutela do direito à efetividade processual

A crise do sistema de justiça brasileira inviabiliza o direito dos cidadãos de usufruírem de um sistema efetivo de justiça. As violações provocadas por essa grave situação são tão significativas que, outrora, já se chegou a afirmar que, mantidas essas condições, não existe justiça³⁰⁰. Ao se constatar o esgotamento do sistema judicial brasileiro³⁰¹, nota-se que a situação se mantém, assumindo contornos atemporais³⁰².

A situação de crise no sistema de justiça implica gravíssimos prejuízos — para não se afirmar a completa frustração — ao direito fundamental à efetividade processual. Esse direito, no entanto, não representa apenas a produção de resultados verdadeiros num determinado processo em específico. As violações perpetradas pela crise do sistema de justiça alcançam, em verdade, a *dimensão plural, objetiva e socialmente difundida do direito à efetividade processual*: todos os cidadãos brasileiros, utentes do serviço público prestado pelos órgãos jurisdicionais têm, indistintamente, violado o direito de usufruírem de um sistema de justiça plenamente efetivo, no qual as obrigações e os direitos previstos possam ser plenamente experienciados e, quando necessário, eficazmente executados.

Bem por isso, há que se reconhecer que a titularidade do direito à efetividade do processo, assim como ao direito à segurança jurídica, não é somente daqueles que, no presente, acionam o Poder Judiciário — e que poderão, portanto, exigir que o seu processo, singularmente

³⁰⁰ Ada Pellegrini Grinover, após apontar os diversos fatores que caracterizam a crise do sistema de justiça brasileiro, afirma que “A justiça é inacessível, cara, complicada, lenta e inadequada. A Justiça é denegação da Justiça. A Justiça é injusta. Não existe Justiça.” GRINOVER, Ada Pellegrini. *A crise do Poder Judiciário*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 34, p. 11–25, dez., 1990, p. 12.

³⁰¹ Na perspectiva de Marcelo Veiga Franco, “[...] não é possível dizer que há no Brasil o oferecimento pelo Estado de uma tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva. [...] É lamentável constatar que a perpetuação de práticas, modelos e estruturas tradicionalmente consagrados pode implicar, sem exageros, o colapso do método adjudicatório de solução dos problemas sociais. O esgotamento do sistema judicial brasileiro se mostra como uma realidade iminente e irreversível.” FRANCO, Marcelo Veiga. *Administração pública como litigante habitual: a necessária mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos*. Belo Horizonte, 2018. 541 f. Tese (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018, f. 26.

³⁰² Segundo Cirilo Augusto Vargas, “A ineficiência multifatorial do sistema incumbido de prestar tutela jurisdicional, vulgarmente conhecida como ‘crise da justiça’, pertence ao passado, ao presente e, muito provavelmente, ao futuro institucional brasileiro. Isso justifica sua atemporalidade.” VARGAS, Cirilo Augusto. *A defesa técnica processual: estudo comparado entre o direito brasileiro e o norte-americano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 35.

considerado, renda bons resultados —, mas também de todos aqueles potenciais usuários e contribuintes tributários desse serviço público — e que também poderão exigir, por meio de técnicas processuais adequadas, que o sistema judiciário proporcione resultados efetivos, acarretando, inclusive, o sentimento de confiança e de estabilidade nas instituições democráticas e na realização da justiça.

Tendo sido descritas as diversas formas de violação ao direito à efetividade processual, bem como a sua pluralizada titularidade, pode-se avançar, a fim de reconhecer duas situações umbilicalmente ligadas³⁰³: *i.* o direito material à efetividade processual, considerado em sua perspectiva objetiva e socialmente difundida, necessita de tutela jurisdicional diferenciada, moldada a partir das violações que lhe são impostas pela crise do sistema de justiça brasileiro; *ii.* as particularidades do direito material à efetividade processual e as necessidades de tutela jurisdicional dele decorrentes devem ser assimiladas por meio de técnica processual igualmente especializada e, por isso mesmo, capaz de viabilizar a tutela adequada desse direito.

Isto porque, os procedimentos estabelecidos pela revogada legislação processual e ainda mantidos pelo atual Código de Processo Civil não se mostram específicos e nem mesmo suficientemente adequados para resolver as inúmeras ofensas ao direito à efetividade processual, que, como visto, extravasam a dimensão subjetiva-singular e alcançam a projeção objetiva-difusa. Ainda que a legislação processual em vigor tenha implementado diversos dispositivos no sentido de tornar os procedimentos mais céleres, o processo civil, ainda assim, continua moroso e inefetivo.

O objetivo da presente pesquisa é justamente, compreender, em qual medida a necessidade de tutela jurisdicional diferenciada, decorrente das violações ao direito à efetividade processual, pode ser satisfeita pelo sistema de precedentes judiciais implantado no Brasil com o Código de Processo Civil.

³⁰³ O avanço argumentativo que agora se faz é acompanhado, no particular, das observações feitas por Luiz Guilherme Marinoni, as quais merecem serem repetidas — tendo em vista que já foram referidas em outras duas oportunidades anteriores: “[...] deve demonstrar que determinada situação de direito material deve ser protegida por certo tipo de tutela jurisdicional, e que, para que essa modalidade de tutela jurisdicional possa ser implementada, deve ser utilizada uma precisa técnica processual.” MARINONI, Luiz Guilherme. *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. Revista da Escola Nacional da Magistratura, v. 1. ano 1, n. 1, p. 68–81, abr., 2006, p. 80.

SEGUNDA PARTE:

O sistema de precedentes enquanto técnica processual e o precedente judicial enquanto forma especializada de tutela jurisdicional

7 CARACTERIZAÇÃO DO SISTEMA NORMATIVO DE PRECEDENTES E A JUSTIFICATIVA TEÓRICA PARA SUA IMPLANTAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O precedente judicial, enquanto instituto jurídico que possui identidade própria, atua de forma extremamente diversificada em cada realidade jurídico-cultural na qual se insere. Exemplificativamente, nos sistemas jurídicos que floresceram a partir da tradição de *common law*, o precedente judicial se desenvolve a partir da autoridade que lhe é voluntariamente outorgada pela comunidade jurídica, característica que é própria da doutrina do *stare decisis*³⁰⁴. Em sistemas dessa natureza, o precedente judicial é naturalmente produtor do direito e passam a gerar a confiança de que os casos semelhantes àquele precedente serão decididos tomando-se em consideração as mesmas premissas jurídicas³⁰⁵.

O ordenamento jurídico brasileiro, conquanto compartilhe da matriz romano-canônica, identificada pela tradição de *civil law*³⁰⁶, sempre conviveu, todavia, com a prática de respeito

³⁰⁴ Conforme elucidada Hermes Zaneti Jr.: “*Stare decisis* é uma expressão latina que significa, literalmente, ‘concordar com ou aderir a casos já decididos’, em direito esta expressão está ligada ao respeito dos próprios tribunais aos casos-precedentes. Quando um tribunal estabelece uma regra de direito aplicável a certos conjuntos de fatos considerados relevantes do ponto de vista jurídico, tal regra deverá ser seguida e aplicada em todos os casos futuros em que se identifiquem fatos ou circunstâncias similares.” ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 310-311.

De acordo com Délio Mota de Oliveira Júnior, “[...] na tradição do *common law*, em decorrência da teoria do *stare decisis*, os precedentes judiciais são de observância obrigatória aos juízes, de modo a dar-se coerência e integridade à aplicação do direito, bem como importante aos jurisdicionados, na medida em que garante a segurança jurídica e a previsibilidade necessária para o exercício das atividades sociais.” OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. Aspectos da tradição do *common law* necessários para o desenvolvimento da teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: JAYME, Fernando; MENDES, Aloisio; NUNES, Dierle (Coord.). *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 284.

³⁰⁵ Nesse sentido, Luiz Henrique Volpe Camargo, afirma que: “Em tal família [anglo-saxônica (*common law*)], os precedentes têm *efeito vinculante vertical*, porque o entendimento dos órgãos superiores do Poder Judiciário vincula os inferiores (*bindin authority*), e também têm *efeito vinculante horizontal*, porque perante a mesma Corte onde foi formado, o precedente, de regra, deve ser seguido. É preciso dizer que no *common law* não existe uma regra escrita prescrevendo a necessidade de observância dos precedentes. Existe, sim, conforme célebre frase do juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes, o ‘peso da tradição de pelo menos 1000 anos’ que justifica o respeito ao que já fora decidido no passado. É, portanto, inerente à cultura do povo anglo-saxão.” CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 557-558.

³⁰⁶ Conforme esclarecem John Henry Merryman e Rogelio Pérez-Perdomo, ao caracterizarem a tradição de *civil law* como inserida na matriz romano-canônica: “Essas três subtradições que compõe a tradição da *civil law* — direito civil romano, direito canônico e direito comercial — são as principais fontes históricas dos conceitos, instituições e procedimentos da maioria do direito privado e do direito processual, e de grande parte do direito penal dos sistemas modernos de *civil law*. Em sua forma moderna, sob a influência do direito revolucionário e pela ciência jurídica (descritas no texto em poucos capítulos), elas estão incorporadas nos cinco códigos básicos normalmente encontrados em uma jurisdição de *civil law*: o código civil, o código comercial, o código de processo civil, o código penal e o código de processo penal.” MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-

às decisões judiciais proferidas pelos órgãos que integram o sistema de justiça³⁰⁷. A prática judiciária de respeitabilidade às decisões judiciais tenham apresentado características distintas, de acordo com a legislação vigente em determinado período histórico, ela tende a indicar que o ordenamento jurídico pátrio nunca desmereceu o direito jurisprudencial produzido pelas instâncias jurisdicionais³⁰⁸.

Por conseguinte, o fortalecimento que o direito jurisprudencial encontrou nas últimas décadas, por meio de sucessivas reformas constitucional e legislativas, nada possui de aleatório ou de casual. Antes, decorre do aspecto integrante da cultura jurídica brasileira de reconhecer e de respeitar, com variados graus de eficácia ao longo do tempo, as decisões oriundas do Poder Judiciário³⁰⁹.

A relevância jurídica que, paulatinamente, foi sendo outorgada à atividade jurisdicional e aos provimentos daí oriundos percorreu dois caminhos distintos, mas paralelos: *i.* no campo dos costumes, a prática judiciária, por meio do trabalho desenvolvido pelos profissionais do

PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. 4. ed. Standfor: Standorf University Press, 2019, p. 14 — tradução livre.

No original: “These three subtraditions within the civil law tradition — Roman civil law, canon law, and commercial law — are the principal historical sources of the concepts, institutions, and procedures of most of the private law and procedural law, and much of the criminal law of modern civil law systems. In modern form, as affected by revolutionary law and legal science (described in the text few chapters), they are embodied in the five basic codes typically found in a civil law jurisdiction: the civil code, the commercial code, the code of civil procedure, the penal code, and the code criminal procedure.”

³⁰⁷ Humberto Theodoro Júnior afirma que “[...] a presença do direito jurisprudencial, entre nós, já se fazia marcante desde os tempos coloniais (séculos XVI e XVII), bem como nos primórdios da independência monárquica e republicana, ocorrida no século XIX, como informam e documentam os juristas enfiados na historiografia jurídica nacional.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A força do precedente no direito processual civil brasileiro. Regime pós-CPC/2015*. Revista Magister de direito civil e processual civil, v. 14, n. 80, p. 5–28, set./out., 2017, p. 10.

³⁰⁸ Aurélio Viana e Dierle Nunes assim esclarecem: “Portanto, situar temporalmente a utilização do direito jurisprudencial apenas nas últimas décadas, como vem sendo afirmado à exaustão, consiste em desprezo à narrativa histórica sob enfoque, a menos que aquele tipo de afirmação corresponda, rigorosamente falando, ao aumento do seu uso nas últimas décadas, aí sim um posicionamento ao qual se pode aderir, ainda assim com bastante cautela.” Os autores, em outra passagem, ainda afirmam que “O aspecto historiográfico constituiu, igualmente, um tema de fundo de inigualável importância. Marcus Seixas Souza, ao fazer o resgate histórico do direito brasileiro, identifica o surgimento do precedente judicial ainda na era colonial, surgindo também, naquele tempo, a discussão sobre a vinculação ou não aos precedentes. Portanto, o emaranhado de dados históricos pode ser reconstruído, surgindo daí, na perspectiva do autor, a ideia de nascimento do precedente judicial em âmbito nacional há quase meio milênio.” VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle José Coelho. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 180-181 e p. 182, respectivamente.

³⁰⁹ Conforme bem elucidam Fredie Didier Jr. e Marcus Seixas Souza, “[...] o recrudescimento da importância do precedente judicial no Direito brasileiro não é um desvirtuamento, senão um aperfeiçoamento, da tradição jurídica com a qual sempre esteve associado o Direito brasileiro. O atual sistema brasileiro de formação, divulgação, aplicação e superação dos precedentes judiciais não se estabeleceu por acaso, nem fora de uma linha evolutiva cujo início remonta ao final do período colonial brasileiro. Ele é, ao contrário, fruto de uma tradição brasileira que se desenvolveu na prática jurídica e, mais recentemente, no pensamento jurídico brasileiro.” DIDIER Jr., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. *O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro*. Revista de Processo Comparado, v. 2, ano 1, p. 99-120, jul.-dez. 2015, p. 119.

direito, passou, cada vez mais, a utilizar decisões judiciais precedentes como fator de argumentação e, inclusive, como fator de compreensão dos institutos jurídicos; *ii.* no campo das fontes formais do direito, a própria legislação nacional, por meio do trabalho do constituinte derivado e do legislador ordinário, passou a conceder autoridade normativa a institutos próprios do sistema de precedentes, tais como a súmula vinculante, a jurisprudência majoritária e ao próprio precedente, o que permite reconhecer que o legislador passava, progressivamente, a compartilhar a função de produtor de textos normativos com a jurisdição³¹⁰.

Todos esses fatores, recentemente se avolumaram e se congregaram, de modo a incentivar que o legislador ordinário introduzisse, de forma expressa, um sistema normativo de precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, bem como de forma a se criar, pela comunidade jurídica, um ambiente culturalmente receptivo às essas novas modificações, ou seja, um espaço no qual esse sistema pudesse ser acoplado e produzisse resultados otimizados. A codificação processual civil vigente, sob essa perspectiva, representa o último estágio que se conseguiu alcançar. A partir dela, houve a instituição de precedentes judiciais e o reconhecimento expresso da implantação da prática comunitária do *stare decisis* na cultura jurídica brasileira.

O Código de Processo Civil brasileiro, atento a esse movimento histórico-evolutivo, prescreveu diversas regras que fortificaram o direito jurisprudencial, introduzindo, de forma expressa e como nunca antes experimentado, um detalhado sistema normativo de precedentes judiciais. Com a promulgação da nova legislação processual, estabeleceu-se verdadeiro conjunto de regras quanto à confecção, à vigência, à aplicação e à institucionalização dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro: *i.* quanto à confecção dos precedentes judiciais, instituíram-se e aprimoraram-se diversos procedimentos, de natureza originária, incidental e recursal, potencialmente capazes de originarem precedentes, formando padrões decisórios com eficácia vinculante³¹¹; *ii.* quanto à vigência dos precedentes judiciais,

³¹⁰ Hermes Zaneti Jr. afirma que “O que ocorreu nos contemporâneos estados democráticos constitucionais foi o aperfeiçoamento dos mecanismos de divisão de trabalho entre os juízes, o legislador e o legislador constituinte, sendo que o papel reservado à constituição como vértice do ordenamento jurídico implicou, ao mesmo tempo, uma valorização do papel dos juízes e da jurisdição, na medida em que estabeleceu para as instituições de garantia uma forma de controle sobre a ultrapassagem dos limites e vínculos nela estabelecidos.” ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 98-99.

³¹¹ “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão

regulamentou-se a possibilidade de modulação temporal da eficácia das decisões judiciais, nos casos de alteração de tese jurídica ou de jurisprudência dominante, exigindo-se a realização de prévias audiências públicas e a exposição de fundamentação adequada e específica quanto aos motivos que levaram ao desgaste do entendimento jurisprudencial e à necessidade de sua superação³¹²; *iii.* quanto à aplicação dos precedentes judiciais, priorizou-se o respeito irrestrito ao contraditório, em fase anterior à resolução do caso concreto, bem como criaram-se cláusulas impeditivas de arbitrariedades decisórias no emprego ou mesmo no afastamento do precedente judicial ao caso concreto, obstando que o juiz-aplicador invoque ou rejeite o texto judicial sem a devida justificativa, numa ou noutra hipótese³¹³; *iv.* quanto à institucionalização dos precedentes judiciais, estabeleceu-se o dever dos Tribunais de uniformizarem a sua jurisprudência, mantendo-a íntegra, estável e coerente, de modo a permitir a edição de enunciados de súmula correspondentes à jurisprudência dominante e aos fatos relevantes a ela subjacentes, bem como o dever dos Tribunais de darem máxima publicidade aos precedentes, no intuito de que os textos normativos judiciais preencham o requisito da ampla divulgação em sociedade e passem, pois, a orientar a conduta e a tomada de decisão por parte dos indivíduos³¹⁴.

especial aos quais estiverem vinculados.” BRASIL. *Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

³¹² “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...] §2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese. §3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica. §4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.” BRASIL. *Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

³¹³ “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...] §1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.”

“Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

“Art. 489. São elementos essenciais da sentença: §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.” BRASIL. *Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

³¹⁴ “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. §1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante. §2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.”

“Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...] §5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de

Esse conjunto positivado e formalizado de regras permitiu a criação e a instituição de um genuíno sistema normativo de precedentes judiciais, por meio do qual se fortificou a prática do *stare decisis* no ordenamento jurídico brasileiro³¹⁵. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, logo após a entrada em vigor do Código de Processo Civil, reconheceu que o papel das Cortes de Vértice centra-se em conceder unidade ao direito e estabilidade aos precedentes, o que corrobora o fortalecimento da regra do *stare decisis* pelo ordenamento jurídico brasileiro³¹⁶.

Esse sistema normativo de precedentes judiciais foi implantado sob a justificativa de que seria capaz de suplantiar uma parcela da crise judiciária contemporânea e que, ainda, seria apto a congregar inúmeros benefícios ao próprio ordenamento jurídico, com a promoção de valores fundamentais, tais como, precipuamente³¹⁷: *i.* a celeridade, com a efetivação da

computadores.” BRASIL. *Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2019.

³¹⁵ Humberto Theodoro Júnior explica, no particular, que “A criação do novo sistema de formação do chamado ‘direito jurisprudencial’ (*stare decisis*) brasileiro atendeu não apenas a uma conveniência, mas a uma necessidade, imposta por vários e transcendentais princípios integrantes dos fundamentos do moderno Estado Democrático de Direito, como a segurança jurídica, a igualdade de todos perante a lei e a eficiência da tutela jurisdicional. Já muito se criticava o modelo processual e o resultado de sua aplicação pelo Poder Judiciário brasileiro, caracterizados pela ‘falta de coerência e racionalidade’ que vinha provocando, dando espaço amplo para o intolerável ‘decisionismo’. [...] Nada obstante, justo é o registro doutrinário de que o ‘*stare decisis* brasileiro merece ser construído por configurar um excelente instrumento para aperfeiçoar a aplicação dos princípios constitucionais e dar racionalidade à prática jurídica no paradigma neoconstitucional’.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A força do precedente no direito processual civil brasileiro. Regime pós-CPC/2015*. Revista Magister de direito civil e processual civil, v. 14, n. 80, p. 5–28, set./out., 2017, p. 27-28.

³¹⁶ A ementa do referido julgado, em virtude de sua bem elaborada síntese, exemplifica o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, formulado nos seguintes termos: “[...] 3. O papel de Corte de Vértice do Supremo Tribunal Federal impõe-lhe dar unidade ao direito e estabilidade aos seus precedentes. 4. Conclusão corroborada pelo Novo Código de Processo Civil, especialmente em seu artigo 926, que ratifica a adoção – por nosso sistema – da regra do *stare decisis*, que ‘densifica a segurança jurídica e promove a liberdade e a igualdade em uma ordem jurídica que se serve de uma perspectiva lógico-argumentativa da interpretação’. (MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016). 5. A vinculação vertical e horizontal decorrente do *stare decisis* relaciona-se umbilicalmente à segurança jurídica, que ‘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’. (MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013). 6. Igualmente, a regra do *stare decisis* ou da vinculação aos precedentes judiciais ‘é uma decorrência do próprio princípio da igualdade: onde existirem as mesmas razões, devem ser proferidas as mesmas decisões, salvo se houver uma justificativa para a mudança de orientação, a ser devidamente objeto de mais severa fundamentação. Daí se dizer que os precedentes possuem uma força presumida ou subsidiária.’ (ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiro, 2011). 7. Nessa perspectiva, a superação total de precedente da Suprema Corte depende de demonstração de circunstâncias (fáticas e jurídicas) que indiquem que a continuidade de sua aplicação implicam ou implicarão inconstitucionalidade. 8. A inocorrência desses fatores conduz, inexoravelmente, à manutenção do precedente já firmado. [...]” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Eletrônico Repercussão Geral nº RE 655265, Relator para acórdão: Min. Edson Fachin. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 13 de abril de 2016. Dje. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340025181&ext=.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2019.

³¹⁷ As justificativas para a implantação do sistema normativo de precedentes judiciais foram extraídas das seguintes obras: CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, 54-64; MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 93-130; MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,

promessa de duração razoável do processo; *ii.* a solução das causas repetitivas, evitando o abarrotamento do Poder Judiciário; *iii.* o desestímulo à litigância desarrazoada, que já contariam com a existência de direcionamento jurisprudencial vinculante capaz de impedir, no campo estratégico-volitivo, o ajuizamento da demanda; *iv.* a isonomia, com o tratamento uniforme das questões comuns; *v.* a segurança jurídica, promovendo a previsibilidade e a uniformidade das decisões judiciais; *vi.* a boa-fé objetiva, na dimensão que protege a confiança, primeiramente com o estabelecimento de padrões de conduta seguros aos jurisdicionados e, posteriormente, com o respeito institucional e comunitário dessas regras; *vii.* a racionalidade econômica, na medida em que a confiança nos atos do Poder Público é fundamental para o investimento econômico e para estabilidade dos projetos de desenvolvimento do país; *viii.* a economia dos recursos públicos, tendo em vista que o Poder Judiciário não despenderia suas energias sobre a mesma questão repetidas vezes, tornando o sistema judiciário mais barato e a distribuição de justiça mais efetiva; *ix.* o favorecimento de acordos, já que as partes podem conhecer as situações de vantagem e de desvantagem, permitindo o alcance de soluções negociadas; *x.* a despersonalização das demandas, instituindo ambiente de maior aceitação da decisão por parte daquele vencido; *xi.* a clareza e a generalidade do direito, impedindo que as condutas sejam qualificadas de forma variada e imprevisível; *xii.* o fortalecimento institucional do Poder Judiciário, com o respeito às funções outorgadas aos órgãos colegiados hierarquicamente superiores de atribuírem sentido ao direito; *xiii.* a reorganização ou otimização dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário, com a distinção da função desempenhada, na modernidade, pelas Cortes Supremas; *xiv.* a limitação ao poder do Estado, impedindo que a administração surpreenda o cidadão por meio de interpretação e aplicação do direito de forma arbitrária; *xv.* a uniformização, a estabilidade, a integridade e a coerência da jurisprudência.

2011, p. 120-190; MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*: recompreensão do sistema processual da corte suprema. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 162-170; MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*: justificativa do novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 103-116; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Cortes superiores e cortes supremas*: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 23-41; OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. *Distinção e superação dos precedentes judiciais no processo civil brasileiro: garantia aos direitos fundamentais do contraditório e da fundamentação*. Belo Horizonte, 2016. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016, f. 62-74; TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Juspodvim, 2016, p. 39-41; ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais*: a racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 130-161; KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistemas de precedentes e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 265-270; ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. Salvador: Juspodvim, 2016, p. 332-339.

Evidencia-se, assim, que um sistema dessa grandeza teria, então, como fundamento legitimador e justificador, a função de equacionar a crise jurídica contemporânea e, ao reboque, agregar ao ordenamento jurídico relevantes proveitos, os quais acabariam por funcionar, com a paulatina superação da crise, como impeditivos de retorno à babel jurídica ora experienciada. Seria instituída, desse modo, uma espécie de círculo virtuoso: quanto mais se debelava a crise do judiciário, mais vantagens são acrescentadas ao sistema jurídico. A legitimação para a implantação de um sistema normativo de precedentes judiciais se identificaria, assim, como uma política pública judiciária destinada a resolver os problemas interinos e transitórios surgidos na modernidade.

No entanto, não se revela juridicamente adequado justificar e legitimar, *precipualemente*³¹⁸, a implantação de um sistema normativo de precedentes judiciais apenas como estratégia de resolver uma parcela da crise jurídica brasileira ou mesmo como meio de propiciar a efetivação de princípios constitucionais e legais, atualmente sufocados por essa mesma realidade desordenada. A equivocidade na justificação do precedente judicial se avulta na exata medida em que os obstáculos enfrentados pela sociedade são temporalizados e demarcados por circunstâncias múltiplas, transitórias e interinas. Tal contexto não se coaduna, portanto, com a essência do precedente judicial, que se trata de um instituto jurídico fundado na tradição jurídica de uma dada comunidade específica. De igual forma, os resultados positivos advindos com a implantação deste sistema de respeito ao direito jurisprudencial e a promoção de valores fundamentais, conquanto relevantíssimos, também não podem ser soerguidos à condição de fundamento único ou razão primeira da instituição de uma cultura do precedente judicial³¹⁹.

³¹⁸ Importantíssimo registrar, no particular, que não se está afirmando que a crise judiciária e a promoção de valores fundamentais não sejam relevantes para a promoção e a implementação de reformas legislativas. Muitas das alterações legislativas decorrem, justamente, dessa imbricação mútua existente entre realidade e direito; de igual modo, não se está a propor o rompimento abrupto com os trabalhos produzidos sobre o precedente judicial. O que se pretende, aqui, no entanto, é refletir sobre a existência de um fundamento que possa, *independentemente da existência de crise, realmente justificar* a instituição, no ordenamento jurídico brasileiro, de um sistema normativo de precedentes judiciais, permitindo a sua perfeita assimilação pela tradição jurídica brasileira.

³¹⁹ Na mesma linha de raciocínio, Hermes Zaneti Jr. afirma que “[...] limitar as razões para a adoção de precedentes formalmente vinculantes na igualdade, na previsibilidade (confiança legítima e segurança jurídica) e na efetividade (duração razoável do processo), muito embora correto, se mostra insuficiente para justificar, do ponto de vista de uma teoria da argumentação no Estado Democrático Constitucional, as razões para a adoção do precedente. Compreende-se, ademais, porque os próprios juízes e tribunais estão fortemente vinculados aos seus próprios precedentes e aos precedentes exarados pelo próprio tribunal em um momento anterior a atual composição.” ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 338/339.

Raciocinar o precedente judicial apenas como expediente destinado a circuitar a litigiosidade de massa e a alavancar princípios processuais surrupiados por essa propalada crise resgata, além disso, indevidamente, a superada noção positivista do direito. Dispunha ela que as prescrições jurídicas, incluindo-se também aí o texto judicial, deveriam ser compreendidas como premissa maior, formalizada segundo os princípios da lógica formal, a ser ativada somente quando instaurado o processo silogístico. O precedente assumiria, então, nessa ótica, a posição de uma das premissas do silogismo e a sua fórmula textual já conteria, *ante casum*, resposta para todas as questões que poderiam lhe ser direcionadas. Também sob essa perspectiva, revela-se um equívoco fundamental e autêntico o precedente judicial a partir de uma concepção formalmente simetrizada do direito, que acaba por menosprezar o relevante trabalho desenvolvido pelos demais juristas no desenvolvimento e no aperfeiçoamento do direito, bem como acaba por permitir, por vias transversas, a instituição de uma juristocracia, depreciando, ao fim, a relevância que tal instituto deve possuir no atual paradigma do direito.

O sistema normativo de precedentes judiciais deve ser compreendido a partir da tradição jurídica na qual se encontra inserido e deve ser justificado em decorrência da função desempenhada perante o ordenamento jurídico, sendo relevante, portanto, agora, apontar o fundamento verdadeiramente legitimador do sistema normativo de precedentes judiciais, depurado sob o filtro teórico do modelo do justo processo.

8 A ADEQUADA JUSTIFICATIVA PARA A IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA NORMATIVO DE PRECEDENTES JUDICIAIS: A AUTÊNTICA PROPOSTA DA PESQUISA ACADÊMICA

Conforme demonstrado, os direitos fundamentais à segurança jurídica e à efetividade processual, compreendidos em dimensão estritamente objetiva, encontram-se, atualmente, tolhidos da plena concretização, diante dos vários obstáculos impostos pelas crises existentes no ordenamento jurídico. A crise da certeza do direito impossibilita, em grande medida, que o ordenamento jurídico se apresente seguro, obstando, por um lado, a consolidação de consensos mínimos quanto aos significados extraíveis dos textos normativos e permitindo, por outro lado, a arbitrária dispersão jurisprudencial, com os gravames que lhe são inerentes. A crise da efetividade processual, por sua vez, inviabiliza, em larga escala, que o ordenamento jurídico assegure a proteção tempestiva e substancial dos direitos, impedindo a obtenção de resultados verdadeiros e justos na solução dos conflitos sociais jurisdicionalizados.

As crises que assolam o ordenamento jurídico não podem, entretanto, prevalecer. O ordenamento jurídico deve se apresentar e se constituir, em graus cada vez mais elevados, juridicamente seguro e processualmente efetivo. Desse modo, os cidadãos poderão conhecer os conteúdos semânticos nucleares dos textos normativos e, ainda, ter à disposição um instrumento hábil a solucionar, com presteza, as crises do direito material. O paulatino incremento da certeza jurídica e da efetividade processual ao ordenamento proporciona, conseqüentemente, o sentimento de confiança e de estabilidade nas instituições democráticas e na realização da justiça.

A gradativa implementação da segurança jurídica e da efetividade processual, realizada em favor do ordenamento jurídico, necessita, portanto, no modelo teórico do justo processo, da prestação de uma tutela jurisdicional diferenciada, moldada a partir das *necessidades de proteção* apresentadas por esses direitos fundamentais. As situações de direito material e respectivas dimensões normativas indicadas pela segurança jurídica e pela efetividade processual devem ser protegidas por um tipo especial de tutela jurisdicional, especificamente desenhada para lidar e para resolver tais particularidades, as quais, justamente por contemplarem verdadeiras especialidades, acabam por tornar insuficiente a prestação da tutela jurisdicional padrão.

Naturalmente, a implementação dessa modalidade diferenciada de proteção jurisdicional implica a estruturação de técnicas processuais igualmente especializadas e

especificamente projetadas para que a tutela prestada pelo Poder Judiciário realmente satisfaça as necessidades apresentadas pelos direitos à segurança jurídica e à efetividade processual. Isso porque o desenvolvimento das técnicas processuais deve acompanhar, proporcionalmente, a diversidade das formas desejáveis de tutela jurisdicional, devendo diferenciarem-se em consonância com o direito material e as idiossincrasias a ele referentes.

Tal assertiva decorre do mandamento extraído do modelo do justo processo, no sentido de que toda a comunidade jurídica deve desenvolver, tanto quanto possível, técnicas processuais idôneas à prestação de uma tutela jurisdicional especializada, necessariamente atrelada às necessidades reportadas pelos direitos à segurança jurídica e à efetividade processual. Implica reconhecer que as particularidades e as especialidades apresentadas por esses direitos fundamentais ditam as características que a técnica processual deverá possuir para viabilizar a prestação da tutela jurisdicional adequada.

O precedente judicial, visualizado a partir da peculiar tradição jurídica brasileira e do modelo do justo processo, deve ser compreendido, sob a perspectiva de justificação teórica, como o resultado da tutela jurisdicional, prestada pelos órgãos colegiados do Poder Judiciário, por meio de técnicas processuais suficientemente idôneas à proteção adequada do ordenamento jurídico. É preciso insistir na premissa: a justificativa verdadeiramente legitimadora da implantação, em graus tão profundos, de um sistema normativo de precedentes judiciais na cultura jurídica brasileira centra-se na *necessidade* de obtenção de tutela jurisdicional adequada e diferenciada³²⁰, por meio de técnicas processuais necessariamente hábeis³²¹, em favor da concretização dos direitos à segurança jurídica e à efetividade processual e, portanto, em favor do próprio ordenamento jurídico, objetivamente considerado.

Nesse sentido, o binômio “tutela jurisdicional-técnica processual”, extraível do modelo do justo processo, é representado, à vista da temática trabalhada neste texto, pelo dueto “precedente judicial-procedimentos de formação concentrada de precedentes”. De modo mais

³²⁰ Leia-se, no ponto, precedente judicial, enquanto decisão judicial emanada dos órgãos integrantes do Poder Judiciário. Faz-se menção às *decisões judiciais* — ou, melhor, aos *resultados jurisdicionais* — obtidos na instauração dos procedimentos previstos no artigo 927 do Código de Processo Civil: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; a edição dos enunciados de súmula vinculante; os acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; a edição dos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; a orientação emanada do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

³²¹ Entenda-se, aqui, a referência expressa aos *procedimentos* de formação concentrada de precedentes judiciais — ou, mais adequado, às *técnicas processuais* —, contemplados, expressa e formalmente, no artigo 927 do Código de Processo Civil, já acima referenciadas.

evidente, seria possível afirmar que o precedente judicial representa a tutela jurisdicional haurida nas diversas técnicas processuais estipuladas pelo legislador — algumas de forma originária e inovadora no sistema jurídico brasileiro, outras, embora já existentes, passaram, por opção legislativa, a também integrar e cooperar com o sistema de precedentes judiciais — e prestada em favor do ordenamento jurídico, apreendido a partir das dimensões normativas dos direitos fundamentais à segurança jurídica e à efetividade processual.

O ordenamento jurídico, em si mesmo considerado, é entronizado como destinatário direto, imediato e único da tutela jurisdicional prestada mediante precedente judicial. Trata-se traduzir e de assimilar as informações e as necessidades apresentadas pelo ordenamento jurídico no âmbito processual. Objetiva-se, com isso, que se desenvolva a melhor técnica para resolver, mediante tutela jurisdicional adequada e eficiente, as crises daí decorrentes, por meio de um direito processual moldado pelas especificidades apresentadas pelos direitos à segurança jurídica e à efetividade processual. O discurso sobre a instituição e a justificação do precedente judicial é transposto, portanto, da mera técnica de uniformização de jurisprudência para a técnica de tutela jurisdicional diferenciada, hermeneuticamente rica e bem mais valiosa ao ordenamento jurídico.

Deve ser ressaltado, além disso, que entre a tutela jurisdicional da segurança jurídica e a tutela jurisdicional da efetividade processual — ambas prestadas mediante precedente judicial —, estabelece-se, *internamente*, uma relação de primariedade e de subordinação: *i.* de primariedade, porque a tutela jurisdicional da segurança jurídica tem de ser, sempre, a motivação primeira para o acionamento dos procedimentos de formação concentrada de precedentes judiciais, de tal modo que os julgamentos proferidos pelos órgãos colegiados do Poder Judiciário devem primar por tutelar, precipuamente, a segurança jurídica e, somente após, proteger a efetividade processual; *ii.* de subordinação, porque somente quando a tutela jurisdicional for prestada de forma adequada, solucionando, portanto, parcelas da crise da certeza do direito, é que se também prestará, conseqüentemente — e não independentemente e nem mesmo coincidentemente —, tutela jurisdicional à efetividade processual, tornando o processo um instrumento verdadeiramente capaz de produzir resultados efetivos e resolvendo parcelas da crise do sistema de justiça. Essa relação de primariedade e de subordinação se apresenta, todavia, em *nível exclusivamente interno*, de modo a não implicar qualquer desmerecimento ao direito à efetividade processual, igualmente importante ao ordenamento jurídico, que, além de seguro, também deve ser eficiente.

Nesses termos, a proposta ora esboçada pretende, em verdade, alçar o ordenamento jurídico, objetivamente considerado, ao patamar de destinatário da tutela jurisdicional, de forma a permitir a absorção e a tradução das carências apresentadas por este complexo normativo — especificamente naquilo que se refere à frustração dos direitos à segurança jurídica e à efetividade processual —, transformando-as em técnica processual capaz de prestar uma tutela jurisdicional adequada. A partir dessa premissa, o precedente judicial encontra, na cultura jurídica brasileira, sua justificativa nuclear, permitindo, a partir daí, que seja talhada a sua teoria e encetada a sua prática judiciária, de forma mais adequada.

Essas premissas, serão, a partir de agora, devidamente justificadas, a fim de serem submetidas à crítica e à revisão. Tudo desenvolvido no sentido de verificar a proposta veiculada no presente estudo.

8.1 A tutela do ordenamento jurídico mediante precedente judicial

Definir o precedente judicial como sendo o resultado da prestação da tutela jurisdicional, obtida por meio dos procedimentos de formação concentrada, implica a necessidade de, primeiramente, apreender, conceitualmente, o destinatário da tutela jurisdicional, qual seja, o ordenamento jurídico, e, posteriormente, entender quais são as especialidades e os resultados obtidos com esse tipo especial de proteção jurisdicional, bem como traçar algumas linhas mestras para bem praticar as técnicas processuais construídas pelo legislador.

Relevante registrar, de início, que a concepção positivista do direito, de um modo geral, tentou construir um sistema rigoroso do conhecimento, outorgando exclusivamente ao legislador a função de regulamentar, de forma discricionária, tudo aquilo que aparentava aspectos de juridicidade³²². Nesse sistema pretensamente completo e hermético, pressupunha-se que as normas já se encontravam previamente descritas nos dispositivos constitucionais e legais, de forma que o trabalho interpretativo do operador do direito se resumia à simples

³²² Conforme explica Friedrich Müller, “A expressão múltívoca da unidade do ordenamento jurídico é filha do Direito Racional da tradição racionalista, tendo sido adotada mais tarde pelo positivismo. O jusnaturalismo de data mais recente bem como o positivismo procedem axiomáticamente, querem construir um sistema rigoroso do conhecimento exato e carecem do raciocínio codificante: o legislador regulamentou em abordagem autoritária tudo o que merece ser regulamentado; fora das suas instruções só se pode conceber o “espaço vazio de direito” [“rechtsleerer Raum”]. Considera-se “coerente” [“geschlossen”] o Direito sistematizado e formalizado, monopolizado e, burocratizado pelo Estado institucionalizado continental da Europa moderna. Todo o comportamento humano deverá ser normatizável, antecipável por meio de normas. Ao ordenamento jurídico enquanto engrenagem jurídica [Rechtsbetrieb] corresponde à imagem da “unidade” do estoque de normas.” MÜLLER, Friedrich. *Unidade do ordenamento jurídico*. Boletim dos procuradores da República. Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), v. 3, n. 30, p. 8–10, out., 2000, p. 08.

declaração do sentido objetivo neles previamente contido³²³. À jurisdição restava, tão somente, a função de explicitar a vontade contida na lei, transformando esse desiderato legislativo em mecânica e impositiva atuação ao caso concreto, sem nada agregar à ordem jurídica³²⁴.

No entanto, a concepção rigidamente unitária do direito mudou, de modo que, atualmente, o ordenamento jurídico se encontra inserido em um novo paradigma. Nesse renovado ambiente teórico, a discussão sobre a concepção do ordenamento deslocou-se para o campo da interpretação e da reconstrução dos significados dos textos normativos, relegando ao plano secundário a crença num sistema infalível, hermético e inflexível. O ordenamento jurídico é visto, assim, como um sistema aberto aos valores constitucionais e à dinâmica da realidade

³²³ Ao trabalhar o positivismo jurídico, Gustavo Zagrebelsky explica que “A concepção do direito adequada ao Estado de Direito, ao princípio de legalidade e à noção de lei, de que falamos era o ‘positivismo jurídico’ como uma ciência da legislação positiva. A concepção indicada por esta fórmula pressupõe uma condição histórico-concreta: a concentração da produção do direito em uma única instância constitucional, a instância legislativa. Seu significado é uma redução de tudo o que pertence ao mundo do direito — isto é, os direitos e a justiça — àquilo que a lei dispõe. Essa simplificação leva a conceber a atividade dos juristas como um simples serviço da lei, senão, até mesmo, como sua simples exegese, à busca pura e simples da vontade do legislador.” ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*. Nuova edizione. Torino: Einaudi Contemporanea, 2018, p. 38 — tradução livre.

No original: “La concezione del diritto adeguata allo Stato di diritto, al principio di legalità e alla nozione di legge di cui abbiamo parlato era il ‘positivismo giuridico’ come scienza della legislazione positiva. La concezione indicata da questa formula presuppone una condizione storico-concreta: la concentrazione della produzione del diritto in una sola istanza costituzionale, l’istanza legislativa. Il suo significato è una riduzione di tutto ciò che appartiene al mondo del diritto — cioè i diritti e la giustizia — a ciò che la legge dispone. Questa semplificazione porta a concepire l’attività dei giuristi come un semplice servizio della legge, se non addirittura come sua semplice esegesi, alla pura e semplice ricerca della volontà del legislatore.”

³²⁴ As considerações de Gaetano Insolera, ainda que formuladas sob a perspectiva do direito penal, são extremamente pertinentes: “O imperativismo e o positivismo, conjugando-se, tinham atribuído à atividade jurisdicional uma função de mero accertamento: por um lado, sendo a norma concebida como comando sancionado, ao juiz não compete mais do que tomar ação, devendo observá-la e transformá-la de um comando abstrato em um comando concreto.” INSOLERA, Gaetano. *Dall’imprevedibilità del diritto all’imprevedibilità del giudizio*. Rivista italiana di diritto e procedura penale. Imprenta: Milano, A. Giuffrè, v. 64, n. 4, p. 1999–2004, ott./dic., 2016, p. 2000 — tradução livre.

No original: “L’imperativismo e il positivismo, coniugandosi, avevano assegnato all’attività giurisdizionale una funzione di mero accertamento: per un verso, essendo la norma concepita come comando sanzionato, al giudice non spettava che prenderne atto, osservandola e trasformala da comando astratto in comando concreto.”

social, bem como normativamente flexível e interpretativamente justificável³²⁵, tudo projetado com o fim de reconstruir a norma jurídica para a solução dos casos concretos³²⁶.

Esse conjunto de textos dotados de autoridade normativa — ao qual se dá o nome de ordenamento jurídico —, em decorrência dos ataques praticados pela crise da certeza do direito contra a segurança jurídica e pela crise do sistema de justiça contra a efetividade processual, *reclama* a prestação de uma tutela jurisdicional diferenciada, a fim de se resolver, com eficiência e justiça, as diversas situações problemáticas decorrentes desses ambientes caóticos. Oportuno registrar, no particular, que as técnicas processuais e as modalidades de tutela jurisdicional até então existentes se mostravam inaptas à satisfação das necessidades apresentadas pelo ordenamento jurídico, o que obrigou a comunidade jurídica a adimplir a obrigação assumida perante o modelo do justo processo, construindo, de forma positivada, um sistema normativo de precedentes judiciais para a execução das carências de tutela submetidas pela ordem jurídica brasileira.

Não se trata, portanto, de uma tutela voltada à proteção individual dos direitos dos cidadãos ou mesmo dos direitos coletivos dos diversos grupos sociais. Ao revés, trata-se de uma tutela jurisdicional prestada em caráter estritamente objetivo e não particularizada, exclusivamente voltada à proteção da própria ordem jurídica, de sua unidade, coerência e integridade, atributos os quais não podem ser renegados e nem mesmo desprezados no Estado

³²⁵ Assim pontuam Baldassare Pastore, Francesco Viola e Giuseppe Zaccaria, ao afirmarem que “O direito constitui uma ordem potencial, dinâmica e aberta, constantemente pronta a ser enriquecida de novos elementos e a abrir sempre novas possibilidades. O material jurídico mostra possuir uma pluralidade fundamental e a estrutura do ordenamento jurídico uma abertura de fundo. A potencialidade deve ser então considerada como uma qualidade do sistema ao menos quanto a sua determinação. Ainda nessa potencialidade, aninha-se e se fecha, de fato, o dever ser do direito positivo e a relação entre regra e exceção à regra pode derivar somente do sistema.” PASTORE, Baldassare; VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Le ragioni del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2017, p. 174 — tradução livre.

No original: “Il diritto costituisce un ordine potenziale dinamico e aperto, costantemente pronto a arricchirsi di nuovi elementi e a dischiudere sempre nuove possibilità. Il materiale giuridico mostra di possedere una fondamentale pluralità e la struttura dell’ordinamento giuridico un’apertura di fondo. La potenzialità va allora considerata come una qualità del sistema almeno quanto la sua determinatezza. Anche in questa potenzialità si annida e si racchiude infatti il dover essere del diritto positivo e il rapporto tra regola ed eccezione alla regola può derivare soltanto dal sistema.”

³²⁶ De acordo com a proposta formulada por Friedrich Müller “Se, no entanto, tanto a norma jurídica e o texto da norma quanto à norma jurídica e a norma de decisão forem distinguidas sistematicamente (por parte da Teoria Estruturante do Direito), a ideia do ‘Direito Vigente’ se esclarece: o que se costuma designar por esse termo é o conjunto dos textos das normas, que devem ser desenvolvidos apenas no caso na direção de normas jurídicas, de acordo com regras de método, sendo que essas normas jurídicas, por sua vez, devem ser desenvolvidas na direção de normas de decisão.” Müller, Friedrich. *Unidade do ordenamento jurídico*. Boletim dos procuradores da República. Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), v. 3, n. 30, p. 8–10, out., 2000, p. 09.

Democrático de Direito³²⁷. A exigência decorrente do modelo do justo processo quanto à prestação da tutela dos direitos se desenvolve, portanto, no intuito de perseguir dois objetivos distintos³²⁸: *i.* a obtenção de decisões substancialmente justas, suficientemente aptas ao cumprimento dos direitos dos indivíduos, manifestada em casos concretos e singulares; *ii.* a construção de precedentes judiciais, amplamente idôneos à satisfação das necessidades reportadas pelo ordenamento jurídico, compreendido em formato geral e objetivo, ditadas pelos direitos fundamentais à segurança jurídica e à efetividade processual.

A tutela dos direitos realizada em dimensão objetiva se faz mediante o acréscimo de novas estruturas semânticas à ordem jurídica, por meio do precedente judicial, as quais passam a permear e a integrar o ordenamento jurídico, bem como a compartilhar da mesma autoridade e de igual eficácia que as demais fontes do direito³²⁹. As decisões proferidas pelo Poder Judiciário, justamente por *reconstruírem* normas jurídicas a partir de textos normativos, explicitando razões convincentes, passam a acrescentar algo de diferente no sistema jurídico, complementando e enriquecendo-o³³⁰.

³²⁷ Daniel Mitidiero, afirma, nesse sentido, que “A tutela dos direitos que o processo civil se propõe a promover, no entanto, está longe de ter uma *dimensão puramente particular* — como se a ordem jurídica não fosse impactada pelas *razões* elaboradas pelos juízes em suas decisões. Por isso, a tutela dos direitos no processo, além de viabilizar a proteção dos 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.” MITIDIERO, Daniel Francisco. *A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional*. Revista de processo, v. 39, n. 229, p. 51–74, mar., 2014, p. 64.

³²⁸ Daniel Mitidiero, em outra oportunidade, já havia afirmado que “A decisão judicial — desde que assentada à interpretação como outorga de sentido ao texto e como reconstrução da ordem jurídica — abre a oportunidade para que a partir dela a doutrina realize um duplo discurso: um *discurso voltado para o caso concreto* e um *discurso para a ordem jurídica*. O primeiro constitui *direito fundamental da parte* e compõe o núcleo duro do *direito ao processo justo* (arts. 5.º, LIV, e 93, IX, da CF/88). O segundo é de *ordem institucional*, está estruturado para promover a *unidade do direito* e visa à realização da *segurança jurídica*, da *igualdade* e da *coerência normativa*. Vale dizer: *fundamentação e precedente são dois discursos jurídicos, com endereços e funções distintas, a que dá azo à decisão judicial no Estado Constitucional*.” MITIDIERO, Daniel Francisco. *Fundamentação e precedente — dois discursos a partir da decisão judicial*. Revista de processo, v. 37, n. 206, p. 61–78, abr., 2012, p. 62.

³²⁹ Para Luiz Guilherme Marinoni, “A Corte fixa ou define a norma extraível da legislação, ou seja, adiciona algo à ordem jurídica. Aqui, ao contrário do que faz a Corte preocupada em tutelar a lei, *define-se* o sentido atribuível ao texto legal. Confere-se conteúdo à ordem jurídica, agregando-se substância ao texto legislativo. A Corte parte das premissas de que a lei é insuficiente para corporificar a ordem jurídica e de que a sociedade necessita de um direito que dependente da conjugação das atividades do Legislativo e do Judiciário.” MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 115.

³³⁰ Segundo José Ovalle Favela, “Estrutura e substância são componentes reais do sistema jurídico, mas constituem no máximo o traço ou a figura dele, não a inteira máquina em funcionamento. O mundo externo, o mundo social, é aquilo que dá vida e realidade ao sistema jurídico; isso não é isolado e separado, mas, pelo contrário, é completamente dependente das perguntas e requisições (*inputs*) que proveem da sociedade. Ao final de cada

Trata-se, portanto, de uma modalidade de tutela jurisdicional exclusivamente vocacionada à proteção do ordenamento jurídico: o precedente judicial implica novas interpretações dos textos normativos, generalizáveis a outros casos similares e justificáveis de forma sistemática³³¹. Esse tipo especializado de tutela não se preocupa com o direito de forma casuística, mas, ao contrário disso, a proteção jurisdicional é projetada a fim de assegurar, mediante reconstruções interpretativas dos textos de norma, a segurança jurídica e a efetividade processual, o que também implica proteção à unidade, à coerência e à integridade da ordem jurídica³³².

Essa modalidade diferenciada de tutela jurisdicional, construída e praticada em formas objetivas — ou seja, mediante precedente judicial —, somente se torna possível na medida em que os direitos fundamentais à segurança jurídica e à efetividade processual, para além de suas feições meramente individuais, também apresentam uma dimensão objetiva e impessoal,

processo, o tribunal emitirá uma sentença ou uma decisão que constitui o resultado ou o *output*, o qual, por sua vez, tem um efeito de retorno ou *feedback* sobre o sistema jurídico.” FAVELA, José Ovalle. *Tradizioni giuridiche e processo civile*: sentenza, precedente e giurisprudenza. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 59, n. 3, p. 867–888, sett., 2005, p. 867 — tradução livre.

No original: “Struttura e sostanza sono componenti reali del sistema giuridico, ma ne costituiscono al massimo la traccia o la figura, non l’intera macchina funzionante. El mondo esterno, il mondo sociale, è quello che dà vita e realtà al sistema giuridico; questo non è isolato e separato, ma al contrario, è completamente dipendente dalle domande e richieste (*inputs*) che provengono dalla società. Al termine di ogni processo, il tribunale emetterà una sentenza o una decisione, che costituisce il risultato o *output*, il quale, a sua volta, ha un effetto di ritorno o *feedback* sul sistema giuridico.”

³³¹ De acordo com Gustavo Zagrebelsky, “Não basta que a regra seja justificável ao modo de um dos múltiplos métodos possíveis da interpretação; é necessário que essa seja aquela que também respeite a natureza do direito como ordenamento. Um ordenamento, é preciso acrescentar, não concebido estaticamente e autorreferencialmente, mas potencialmente disponível a ser sistematicamente recriado na ocasião de novas interpretações que resultem generalizáveis no sistema e não sejam, portanto, meras ‘rupturas’ episódicas do mesmo. O caso, portanto, pesa sobre o direito em vista da sua regra, mas de uma regra justificada sistematicamente.” ZAGREBELSKY, Gustavo. *La legge e la sua giustizia*: tre capitoli di giustizia costituzionale. Bologna: Il Mulino, 2017, p. 254-255 — tradução livre.

No original: “Non basta che la regola sia giustificabile alla stregua di uno dei molteplici possibili metodi dell’interpretazione; occorre che essa sia quella che rispetta altresì la natura del diritto come ordinamento. Un ordinamento, si deve aggiungere, non concepito staticamente e autoreferenzialmente, ma potenzialmente disponibile a essere ricreato sistematicamente in occasione di nuove interpretazioni che risultino generalizzabili nel sistema e non siano, quindi, mere ‘rotture’ episodiche dello stesso. Il caso, dunque, preme sul diritto in vista della sua regola, ma di una regola giustificata sistematicamente.”

³³² Para Michele Taruffo, “De fato, existe a possibilidade de configurar a garantia da legalidade em termos objetivos, atribuindo à Cassação a tarefa de assegurar a legalidade do ordenamento. O objeto da garantia passa, portanto, a ser o sistema de normas: por um lado, se trata de assegurar a reação do ordenamento contra as violações das normas, que de fato colocaria em crise a legalidade do sistema; por outro lado, a legalidade deve ser garantida tendo como principais pontos de referência os valores do ordenamento, como igualdade perante a lei, a certeza da interpretação, a coerência das soluções interpretativas.” TARUFFO, Michele. *Il vertice ambiguo*: saggi sulla cassazione civile. Bologna: Il Mulino, 1991, p. 18 — tradução livre.

No original: “Vi è infatti la possibilità di configurare la garanzia di legalità in termini oggettivi, attribuendo alla Cassazione il compito di assicurare la legalità dell’ordinamento. L’oggetto della garanzia viene dunque ad essere il sistema delle norme: per un verso si tratta di assicurare la reazione dell’ordinamento contro le violazioni delle norme, che appunto metterebbero in crisi la legalità del sistema; per altro verso, la legalità deve essere garantita avendo come principali punti di riferimento i valori dell’ordinamento, come l’uguaglianza di fronte alla legge, la certezza dell’interpretazione, la coerenza delle soluzioni interpretative.”

diretamente conectada ao ordenamento jurídico geral e abstrato e, pois, transcendente aos direitos de indivíduos determinados, deduzidos em processos singularizados. Quando a tutela da ordem jurídica se dá mediante a construção de precedentes judiciais, a segurança jurídica e a efetividade processual abandonam a dimensão particularista e passam a priorizar, fundamentalmente, as suas respectivas dimensões plurais, objetivas e socialmente difundidas. Isso se dá no intuito de que, respectivamente: *i.* o ordenamento jurídico se apresente seguro, possibilitando aos cidadãos, quaisquer que sejam, conhecer os conteúdos possíveis do texto normativo, conhecer antecipadamente as consequências atribuíveis aos atos praticados e confiar nas mudanças que o direito pode ou não admitir³³³; *ii.* o ordenamento se apresente efetivo, permitindo que as obrigações e os direitos previstos nas leis e nos próprios precedentes judiciais possam ser plenamente experienciados e, caso se faça necessário, eficazmente executados³³⁴.

Tal modalidade de tutela jurisdicional, desejável e soerguida ao plano de elevada especialidade, é prestada, a partir do referencial teórico do justo processo, mediante a construção do precedente judicial pelos órgãos colegiados do Poder Judiciário. No entanto, a afirmação de que o precedente judicial é o resultado da tutela jurisdicional prestada em favor do ordenamento jurídico não é suficiente, por si só, para justificar a implantação do sistema normativo de precedentes judiciais. Devem ser apresentados os resultados potencialmente obtíveis com essa especial forma de proteção jurisdicional, a fim de que se possa averiguar se o precedente judicial é capaz de cumprir a missão que lhe compete de *tutor do ordenamento jurídico*, bem como se as técnicas processuais a ele inerentes são adequadas a essa finalidade.

³³³ De acordo com Humberto Ávila, “Em algumas situações o objeto da segurança jurídica não é uma norma, mas o ordenamento jurídico: a cognoscibilidade dirige-se ao ordenamento jurídico em geral, no sentido de que este, no seu conjunto, deve ser inteligível formal e materialmente; a estabilidade pode também referir-se ao ordenamento em geral, no sentido de que este, globalmente considerado, deve ter durabilidade; e a calculabilidade igualmente pode fazer referência à ordem jurídica, no sentido de que esta, na sua totalidade, não pode ser objeto de modificações abruptas, drásticas e incoerentes. A segurança jurídica, como princípio objetivo, sem qualquer referência à sua subjetivação concreta, nessa inteligência, é princípio relativo ao ordenamento jurídico como um todo.” ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 157.

³³⁴ Conforme elucida Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “A efetividade está consagrada na Constituição Federal, art. 5º, XXXV, pois não é suficiente tão-somente abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações temporais ou formalismos excessivos, que conceda ao vencedor no plano jurídico e social tudo a que faça jus. [...] Advirta-se, além disso, que a efetividade vigora seja em relação ao direito já lesionado seja quanto àquele simplesmente ameaçado (Constituição Federal, art. 5º, XXXV), abrangendo assim a tutela preventiva substancial e definitiva, além da meramente provisória ou temporária.” OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 87.

8.2 Dos resultados obteníveis com a tutela jurisdicional do ordenamento jurídico mediante precedente judicial

As funções desempenhadas pelo precedente judicial na tutela do ordenamento jurídico, bem como os resultados daí decorrentes, não exigem a demarcação específica dos benefícios proporcionados, individualmente, aos direitos fundamentais à segurança jurídica e à efetividade processual. Conforme anteriormente ressaltado, entre esses direitos se estabelecem, internamente, as relações de primariedade e de subordinação, de tal forma que todos os ganhos propiciados à promoção da segurança jurídica também representam proveitos à efetividade processual: na medida em que se auferem graus mais elevados de certeza quanto aos significados dos textos normativos, se obtêm, conseqüentemente, graus mais elevados de efetividade dos direitos.

Os resultados decorrentes da tutela da ordem jurídica mediante precedente judicial implicam, além disso, o reconhecimento quanto à necessidade de se definir quais órgãos do Poder Judiciário poderão conformar precedentes judiciais e, ainda, delimitar os respectivos âmbitos de atuação, de modo que os precedentes criados realmente cumpram a missão de tornar uniforme, íntegra, estável e coerente os entendimentos jurisprudenciais. Tal suposto indica que, internamente à organização judiciária, devem existir órgãos jurisdicionais os quais, em virtude da posição hierárquica que ocupam, especialmente aqueles que se encontram nas posições de vértice do sistema — mas não exclusivamente —, se predisponham, precípua e naturalmente, à tutela do ordenamento jurídico por meio da conjuração de precedentes judiciais³³⁵.

Com a superação do positivismo legalista, bem como a partir do reconhecimento da necessidade de se interpretar o próprio direito e também os textos normativos que compõem a sua complexidade, franqueou-se a obtenção de diversas possibilidades interpretativas, potencialmente extraíveis dos textos normativos. Conseqüentemente, passou a ser fundamental

³³⁵ Segundo Michele Taruffo, “[...] a função principal das cortes supremas em muitos ordenamentos, de *common law* e de *civil law*, que é de assegurar o controle de legitimidade por meio da fixação de precedentes destinados a se projetar como pontos de referência sobre as decisões dos outros juízes. Com fórmula sintética pode-se falar em ‘nomofilachia através do precedente’, para indicar mesmo que a função típica de uma corte suprema é a de garantir o respeito uniforme da lei por meio de decisões ‘universalizáveis’ e projetadas para o futuro.” TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007, p. 37 — tradução livre.

No original: “[...] la funzione principale delle corti supreme in molti ordinamenti, di *common law* e de *civil law*, che è di assicurare il controllo di legittimità attraverso la fissazione di precedenti destinati a proiettarsi come punti di riferimento sulle decisioni degli altri giudici. Con formula sintetica si può parlare di ‘nomofilachia attraverso il precedente’, proprio per indicare che la funzione típica di una corte suprema è di assicurare l’uniforme rispetto della legge attraverso decisioni ‘universalizzabili’ e proiettate verso il futuro.”

reconhecer a competência de alguns órgãos jurisdicionais para determinar, mediante apresentação de razões suficientemente convincentes, quais os resultados semânticos devem prevalecer diante da multiplicidade de alternativas interpretativas³³⁶. A função dos órgãos colegiados do Poder Judiciário, mais especificamente dos Tribunais Superiores, desloca-se para o resguardo da interpretação mais justa, coerente e íntegra³³⁷, concedendo unidade ao direito e uniformizando as questões juridicamente relevantes e também repetitivas³³⁸.

Ainda sob este enfoque, mostra-se oportuno ressaltar que, conquanto a função de tutela do ordenamento jurídico mediante precedente judicial deva ser, genuinamente, atribuída às Cortes Supremas ou Cortes de Vértice³³⁹, as decisões judiciais proferidas pelos órgãos

³³⁶ Conforme aponta Luiz Guilherme Marinoni, “Como não resta mais qualquer dúvida de que o intérprete pode, a partir de atividades-interpretação legítimas e razoáveis, retirar mais de uma norma de um só texto legal, surge por mera consequência lógica a necessidade de conferir às Cortes de vértice a função de definir o significado atribuível à lei, sem a qual, aliás, a atividade do legislador jamais ganharia completude. Essa função, como é fácil perceber, guarda relação com a necessidade de se ter uma ordem jurídica coerente e com o respeito aos espaços de liberdade, à distribuição igualitária do direito e à segurança jurídica. É que o direito mudou de lugar; abandonou o texto legal — em que, na verdade, nunca se acomodou plenamente — e passou a ocupar o lugar das decisões das Cortes Supremas. Assim, essas, por mera consequência lógica, passaram a representar os critérios de orientação da sociedade e de solução dos casos conflitivos, dando origem ao que se chama precedente.” MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 93-94.

³³⁷ Conforme explica Michele Taruffo, “A situação é obviamente diferente se se adota o modelo ‘a Corte Suprema’. Se a função desta Corte é assegurar a aplicação da norma segundo a interpretação que parece justa com base em critérios de ordem geral, é óbvio que tal interpretação deve valer em termos gerais até que isto se aparente justo e razoável, ou seja: para todos os casos em que venham reconduzidos à mesma *fattispecie* – situação tipo –, até que não haja razões fundamentadas, por sua vez de ordem geral, para uma diversa interpretação.” TARUFFO, Michele. *Il vertice ambiguo: saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991, p. 166 — tradução livre.

No original: “La situazione è ovviamente diversa se si adotta il modello ‘a Corte Suprema’. Se la funzione di questa Corte è di assicurare l’applicazione della norma secondo l’interpretazione che appare giusta in base a criteri di ordine generale, è ovvio che tale interpretazione debba valere in termini generali finchè ciò appaia giusto e ragionevole, ossia: per tutti i casi che alla stessa *fattispecie* vengono ricondotti, finchè non vi siano fondate ragioni, a loro volta di ordine generale, per una diversa interpretazione.”

³³⁸ Daniel Mitidiero, estabelecendo a distinção entre Cortes Supremas e Cortes de Justiça, acentua que, “[...] o que sobressai da sua leitura [do Código de Processo Civil de 2015] é o *dever de as Cortes Supremas outorgarem unidade ao direito a fim de que a ordem jurídica possa ser segura e capaz de prover liberdade e igualdade de todos perante o direito* (art. 926), sendo instrumento para tanto o *precedente* (art. 927). Avulta da sua leitura ainda o *dever de as Cortes de Justiça uniformizarem a interpretação de questões relevantes* (art. 947) e *repetidas* (art. 976 a 987), sendo instrumento para tanto a *jurisprudência*.” MITIDIERO, Daniel Francisco. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 74.

³³⁹ Em obra dedicada exclusivamente à temática, Daniel Mitidiero assim caracteriza 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 é 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 de*

colegiados integrantes dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais também desempenham, ainda que reconhecidamente em menores proporções, relevante função para a promoção da tutela do ordenamento jurídico mediante precedente judicial³⁴⁰. Destacam-se, nesse âmbito, aquelas decisões decorrentes do julgamento do incidente de assunção de competência ou do incidente de resolução de demandas repetitivas, bem como a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estes órgãos estiverem vinculados.

Importa reconhecer que tais decisões judiciais *não* representam, portanto, um nada jurídico. Ao contrário, elas são, na cultura jurídica brasileira, legítimos precedentes judiciais. Por isso mesmo, também podem — leia-se devem — contribuir significativamente com a tutela do ordenamento jurídico, distinguindo razões substanciais que também irão integrar a ordem jurídica, inclusive e especialmente, sobre o direito produzido nos níveis estaduais e municipais, mesmo que limitadas à competência territorial dos órgãos jurisdicionais que os confeccionarem³⁴¹.

A tutela jurisdicional do ordenamento jurídico, realizada pelos órgãos colegiados do Poder Judiciário, eleitos pela legislação processual e especificados nas disposições regimentais, é operada mediante precedente judicial, isto é, por meio da identificação e da explicitação de razões juridicamente relevantes, racionalmente aceitáveis e dialeticamente controláveis³⁴². Essas razões podem ser sintetizadas na expressão *razão de decidir* ou, em outros termos, na

todos os órgãos jurisdicionais, tendo a sua atuação direcionada para o futuro.” MITIDIERO, Daniel Francisco. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 65.

³⁴⁰ Conforme explica Sofia Temer, “Na decisão do IRDR, o que tem eficácia vinculativa em relação ao julgamento dos casos repetitivos é a tese jurídica. A tese jurídica é a norma gerada pelo tribunal em relação à interpretação, alcance ou constitucionalidade de uma determinada questão de direito. A tese compreende o raciocínio empreendido pelo Tribunal para, diante de uma categoria fática, apreciar e resolver uma questão jurídica problemática, apontando para a melhor conclusão, em termos de racionalidade e universalidade.” TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Juspodvim, 2016, p. 211.

³⁴¹ Confira o disposto no Código de Processo Civil: “Art. 985. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada: I – a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; II – aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.” BRASIL. *Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 26 nov. 2019.

³⁴² Para Daniel Mitidiero, “Os precedentes não são equivalentes às decisões judiciais. Eles são *razões generalizáveis* que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais. O precedente é formado *a partir* da decisão judicial e colabora de forma contextual para a *determinação* do direito e para sua *previsibilidade*. Ser fiel ao precedente judicial significa respeitar as *razões necessárias e suficientes* empregadas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça para solução de determinada *questão* de um caso. Significa, portanto, respeito à *ratio decidendi*, isto é, às *razões necessárias e suficientes* constantes da *justificação judicial* ofertadas pelas Cortes Supremas para solução de determinada questão de um caso.” MITIDIERO, Daniel Francisco. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 83-84.

ratio decidendi do precedente judicial³⁴³, por meio das quais a jurisdição passa a outorgar sentido aos textos normativos, bem como a cooperar no desenvolvimento do direito em consonância com os valores constitucionais e com a historicidade vivenciada naquele momento³⁴⁴.

Essas razões, além de serem relevantes, aceitáveis e controláveis, devem ser, necessariamente, *universalizáveis*³⁴⁵, de modo que as justificativas e os resultados empregados no caso precedente possam ser utilizadas, sem a ocorrência de qualquer estresse argumentativo, àqueles casos futuros que compartilhem das mesmas categorias fáticas e jurídicas anteriormente retratadas no caso anterior³⁴⁶. A universalização das razões do precedente tem a função de

³⁴³ De acordo com Michele Taruffo, a *ratio decidendi* representa a “razão jurídica efetiva”, contida na decisão. Segundo o autor, “Nesse sentido, a doutrina do precedente distingue entre *ratio decidendi*, ou seja, a regra de direito que foi colocada como fundamento direto da decisão sobre os fatos específicos do caso, e *obiter dictum*, ou seja, todas aquelas afirmações e argumentações contidas na motivação da sentença, mas que, embora possam ser úteis para a compreensão da decisão e dos seus motivos, no entanto, não constituem parte integrante do fundamento jurídico da decisão. Essa distinção pode ser difícil de ser traçada na prática, mas é fundamental, pois nos faz entender como somente por meio da referência direta aos fatos da causa é que se pode determinar qual é a razão jurídica efetiva da decisão, ou seja, é apenas a *ratio* que pode ter eficácia de precedente. Os *obiter dicta* não têm nenhuma eficácia e não podem ser invocados como precedente na decisão de casos sucessivos, pois não condicionam a decisão do caso anterior.” TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007, p. 20-21 — tradução livre.

No original: “In proposito la dottrina del precedente distingue tra *ratio decidendi*, ossia la regola di diritto che è stata posta a diretto fondamento della decisione sui fatti specifici del caso, e *obiter dictum*, ossia tutte quelle affermazioni ed argomentazioni che sono contenute nella motivazione della sentenza ma che, pur potendo essere utili per la comprensione della decisione e dei suoi motivi, tuttavia, non costituiscono parte integrante del fondamento giuridico della decisione. Questa distinzione può essere difficile da tracciare in pratica, ma è fondamentale in quando fa intendere come soltanto per mezzo del riferimento diretto ai fatti della causa si possa determinare qual è la ragione giuridica effettiva della decisione, ossia la *ratio* che soltanto può avere efficacia di precedente. Gli *obiter dicta* non hanno nessuna efficacia, e non possono essere invocati come precedente nella decisione di casi successivi proprio in quanto non hanno condizionato la decisione del caso anteriore.”

³⁴⁴ Para o autor Luiz Guilherme Marinoni, “Atualmente não mais se admite a ideia de que a atividade interpretativa é de conhecimento e descrição. O intérprete não descobre e declara o direito que estaria implícito no texto legal, mas, mediante valoração, atribui-lhe significado e define uma interpretação *possível*, que seria a *melhor* em virtude do acúmulo das *razões apropriadas*. Não há mais como pensar, assim, em *exata* interpretação da lei. Para que qualquer Corte Suprema possa corrigir uma dada interpretação, antes de tudo deve ter cuidado de realizar a ‘adequada interpretação’, acrescentando razões que lhe confirmem ampla e racional aceitabilidade.” MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 137-138.

³⁴⁵ Exatamente nesse sentido, Michele Taruffo afirma que “[...] a decisão tomada no caso precedente pode explicar efeitos, de certa forma prescritivos ou normativos, sobre a decisão que, a partir do precedente específico, pode originar uma regra aplicável também a outros casos, ou seja — por dizer com Maccormick — desde que a decisão formulada em direito no caso precedente seja universalizável.” TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007, p. 10 — tradução livre.

No original: “[...] la decisione resa sul caso precedente può spiegare effetti in qualche modo prescrittivi o normativi sulla decisione che dal precedente specifico possa derivarsi una regola applicabile anche ad altri casi, ossia — per dirla con MacCormick — a condizione che la decisione formulata in diritto sul caso precedente sia universalizzabile.”

³⁴⁶ De acordo com Hermes Zaneti Jr., “Um modelo de precedentes é igualmente racional porque fundado na regra da universalização, ou seja, no controle das decisões exaradas pelos juízes e tribunais que devem atender a premissas de serem decisões universalizáveis para os casos análogos futuros. Assim, percebe-se, claramente, que os casos-precedente não são ou não devem ser formados para a solução *apenas* do caso concreto, mas de

introjetar a racionalidade no ordenamento jurídico e de eliminar as arbitrariedades judiciais, bem como assegurar a testagem quanto às decisões a serem posteriormente tomadas em casos fático-jurídicos similares³⁴⁷.

O precedente judicial, concebido nesses termos, proporciona a obtenção de resultados eficazmente vinculantes e, por isso mesmo, extremamente proveitosos ao ordenamento jurídico, nos seguintes sentidos: *i.* ora o precedente judicial avança no sentido de *preencher*, de forma reconstrutiva, a textura aberta da linguagem jurídica, decompondo seus significados, sua área de aplicação e suas respectivas consequências jurídicas, o que implica reconhecer o trabalho cooperativo da jurisdição em relação à obra do legislador; *ii.* ora o precedente judicial se desenvolve no sentido de *constituir*, de maneira agregativa, elementos semânticos essenciais, demarcando gradativamente as balizas dos núcleos mínimos de certeza, sobre os quais se assentam as expectativas mínimas quanto à obtenção dos resultados jurídicos, o que autoriza reconhecer que a atuação da jurisdição deve operar em cooperação com o progresso obtido pela comunidade jurídica quanto ao desenvolvimento histórico do direito.

O precedente judicial passa, então, a atuar mediante nomofilaquia e, nessa medida, a exercer a função de tutor do ordenamento jurídico, prestando tutela jurisdicional ao significado extraível dos textos normativos³⁴⁸. A nomofilaquia conferida pelo precedente judicial decorre da irreversível pluralidade semântica da linguagem jurídica, exigindo que os órgãos colegiados

todos os casos em análoga situação, conferindo aos precedentes um controle de racionalidade decorrente da regra de universalização.” ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 334.

³⁴⁷ Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni, aduz que “A universalidade tem importância para propiciar a aceitabilidade das razões justificadoras da ‘decisão judicial’ e para permitir a checagem de se as decisões que lhe são posteriores ferem a igualdade. Desse modo a regra da universalidade incide em duas perspectivas: para justificar a racionalidade da decisão e para identificar se uma decisão, posterior à firmada como precedente, nega as razões desse último. Essa segunda perspectiva, contudo, é uma *consequência* da adoção de um critério de racionalidade da decisão.” MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 108.

³⁴⁸ Michele Taruffo sustenta, nesse sentido, que “[...] o trabalho de nomofilaquia consistiria sempre na formulação em termos gerais do significado da norma sujeita a julgamento. A interpretação realizada pela Cassação passaria a ter então analogias com a interpretação doutrinária, por ser orientada a propor hipóteses interpretativas gerais, exceto a diferença que a doutrina não pode escolher, enquanto a Cassação deve, de qualquer forma, escolher uma interpretação que considere correta e preferível a outras. Nessa perspectiva, a nomofilaquia passa a ser configurada como atividade de tutela do significado específico da norma, embora ela comporte uma contínua reformulação, amplamente ‘criativa’, desse significado.” TARUFFO, Michele. *Il vertice ambiguo: saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991, p. 13 — tradução livre.

No original: “[...] l’opera di nomofilaquia consisterebbe pur sempre nella formulazione in termini generali del significato della norma sottoposta a giudizio. L’interpretazione compiuta dalla Cassazione verrebbe allora ad avere analogie con l’interpretazione dottrinale, per essere orientata a proporre ipotesi interpretative generali, salva la differenza che la dottrina può non scegliere, mentre la Cassazione deve comunque scegliere una interpretazione che ritiene corretta e preferibile ad altre. In questa prospettiva, la nomofilaquia viene a configurarsi come attività di tutela del significato proprio della norma, benchè essa implichi una continua riformulazione ampiamente ‘creativa’ di tale significato.”

do Poder Judiciário, especialmente os Tribunais Superiores³⁴⁹, realizem, mediante procedimento argumentativo intersubjetivamente controlável, não só a interpretação dos textos normativos, conferindo-lhes sentido.

A interpretação realizada pelos Tribunais, além de se caracterizar suficientemente convincente, também deve se apresentar *justa*, razão pela qual deverá prevalecer dentre as demais possibilidades de outorga de sentido³⁵⁰. O precedente judicial atua, portanto, no intuito de *prestar cuidados* aos sentidos dos textos jurídicos, assegurando, por um lado, a observância e a uniformidade da interpretação da lei e garantindo, por outro lado, a unidade do ordenamento jurídico³⁵¹, sem se descompromissar com a promoção da justiça, mesmo nesses ambientes nos quais a tutela jurisdicional é prestada em níveis de maior objetivação.

É preciso insistir: a nomofilaquia praticada pela jurisdição mediante precedente judicial não atua meramente no sentido de *declarar*, em dimensão estritamente formalística, o sentido dos textos normativos, mas, em verdade, de *reconstruir* os seus significados, a partir de pautas interpretativas cada vez mais comprometidas com o valor do justo, que, se assim o é, também

³⁴⁹ Para Hermes Zanti Jr., “A nomofilaquia é aqui compreendida como a função de assegurar a exata observância e a uniforme interpretação da lei. Pois bem, a lei exige interpretação e a função das Cortes Supremas é exatamente interpretar a lei, nada mais natural que atribuir a uma teoria dos precedentes a tarefa de garantir a unidade do direito através da vinculatividade normativa das Cortes Supremas aos seus próprios precedentes e, somente a partir disso, a vinculação desta interpretação para os órgãos de hierarquia inferior.” ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 336.

Daniel Mitidiero é categórico, ao afirmar que “[...] interpretar adequadamente o Direito *não é um evento accidental* 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. [...] 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*.” MITIDIERO, Daniel Francisco. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 80-81.

³⁵⁰ Segundo Michele Taruffo, “Falar de interpretação justa ao invés de significado exato da norma significa colocar o problema em uma perspectiva metodológica diferente e supor que a Corte de Cassação (como também qualquer outro intérprete) não passe a ‘revelar’ ou a ‘calcular’ o significado objetivo da norma, mas realize escolhas, essencialmente valorativas, destinadas à determinação amplamente criativa daquela que pode, de fato, ser considerada a interpretação justa da norma.” TARUFFO, Michele. *Il vertice ambiguo: saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991, p. 161 — tradução livre.

No original: “Parlare di interpretazione giusta invece che di significato esatto della norma significa porre il problema in una diversa prospettiva metodologica e supporre che la Corte di Cassazione (come del resto ogni altro interprete) non si ponga a ‘rilevare’ o a ‘calcolare’ il significato oggettivo della norma, ma compia delle scelte, essenzialmente valutative, dirette alla determinazione largamente creativa di quella che può appunto considerarsi l’interpretazione giusta della norma.”

³⁵¹ Para Daniel Mitidiero, “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 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.” MITIDIERO, Daniel Francisco. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 80.

o deve ser genericamente para os demais casos que compartilhem das mesmas categorias fáticas e jurídicas³⁵².

Os adjetivos atribuídos às razões que são explicitadas pela jurisdição quando da confecção do precedente não se tratam de meros adornos ou penduricalhos à compreensão da *ratio decidendi*, mas, ao contrário, distinguem substancialmente o seu modo de ser. O precedente judicial deverá conter, portanto, razões: *i. relevantes*, na medida em que os argumentos explicitados pelos Tribunais devem ser aqueles de maior valor e importância perante o ordenamento jurídico e, ainda, e devem se apresentar necessários, essenciais e indispensáveis à outorga de sentido ao direito, o que desautoriza a escolha de fundamentos supérfluos, imprecisos ou de menor valor; *ii. aceitáveis*, de modo a demonstrar a relevância e a legitimidade das escolhas semânticas realizadas, convencendo as partes envolvidas no caso concreto e, especialmente, a comunidade jurídica quanto à interpretação realizada sobre o direito, que passarão a admitir as decisões proferidas pelos Tribunais; *iii. controláveis*, permitindo que as partes e a própria comunidade jurídica possam verificar se os argumentos utilizados pelos Tribunais são suficientemente adequados e, nessa medida, possam fiscalizar a atividade jurisdicional de adscrição de sentido aos textos normativos, impedindo a adoção de particularismos e de subjetivismos; *iv. universalizáveis*, já que não se atêm às particularidades e às subjetividades dos casos concretos, mas, ao contrário, são dispostas em formato estritamente objetivo, capaz de torná-las generalizáveis e, pois, aplicáveis às situações futuras que compartilhem das mesmas categorias fáticas e jurídicas, obstando que os argumentos empregados pelos Tribunais fiquem circunscritos à situações individuais e irrepetíveis; *v.*

³⁵² A lição ministrada por Michele Taruffo é essencial para compreender que a nomofilaquia mediante precedente judicial deve buscar a obtenção de *interpretações justas* sobre o significado dos textos normativos. Nesse sentido, o autor argumenta que, “Portanto, dizer que a interpretação determina o significado ‘exato’ de uma norma é uma afirmação sem sentido, se o termo ‘exato’ for utilizado no seu significado corrente (de correspondência a cânones objetivos e rigorosos, sobre a base de um cálculo). Na realidade, o que a interpretação pode determinar é o significado ‘justo’, ou seja, fundado sobre o uso correto de critérios de escolha não cogentes, mas aceitáveis. Não existe, no entanto, um significado ‘justo’ em absoluto, pois não existem critérios absolutos para a determinação dos significados; pode-se, até mesmo, falar de significado relativamente ‘mais justo’ para se referir àquele que, dentre os possíveis significados, aparece fundado sobre ‘melhores’ razões. Pode-se considerar possível cada significado justificável sobre a base dos critérios de interpretação aceitáveis; é, ao contrário, ‘justo’ aquele que aparece apoiado por uma justificação mais forte.” TARUFFO, Michele. *Il vertice ambiguo: saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991, p. 89 — tradução livre.

No original: “Allora, dire che l’interpretazione determina il significato ‘esatto’ di una norma è un’affermazione priva di senso, se il termine ‘esatto’ è impiegato nel suo significato corrente (di corrispondenza a canoni oggettivi e rigorosi, sulla base di un calcolo). In realtà, ciò che l’interpretazione può determinare è il significato ‘giusto’, ossia fondato sull’impiego corretto di criteri di scelta non cogenti, ma accettabili. Non esiste peraltro un significato ‘giusto’ in assoluto, poichè non esistono criteri assoluti per la determinazione dei significati; si può piuttosto parlare di significato relativamente ‘più giusto’ per riferirsi a quello che, tra i significati possibili, appare fondato su ragioni ‘migliori’. Si può considerare ‘possibile’ ogni significato giustificabile sulla base dei criteri d’interpretazione accettati; è invece ‘giusto’ quello che appare sorretto da una giustificazione più forte.”

justas, tendo em vista que a tutela jurisdicional prestada pelos Tribunais não pode se desvincular do valor do justo, motivo pelo qual os argumentos apresentados devem se destinar à efetivar a justiça, ou seja, de proteger, da maneira mais adequada e específica possível, os direitos, a partir de margens aceitáveis, razoáveis e proporcionais.

A partir dessas considerações, pode-se, agora, acrescentar que *o precedente judicial, apreendido sob as lentes da cultura jurídica brasileira e a partir do modelo do justo processo, se justifica, precipuamente, em função da tutela jurisdicional prestada pelos órgãos colegiados do Poder Judiciário, por meio de técnicas processuais idoneamente projetadas para a adequada proteção do ordenamento jurídico, na dimensão da segurança jurídica e, secundária e subordinadamente, da efetividade processual, operando mediante a explicitação dialética de razões jurídicas relevantes, aceitáveis, controláveis, universalizáveis e justas.*

O precedente judicial, no exercício da função de tutoria do ordenamento jurídico, realiza, além disso, a relevante função de diminuir a incerteza em relação a qual alternativa interpretativa se apresenta mais correta e justa, indicando dentre aquelas compatíveis com os textos normativos objeto de interpretação qual é a opção mais fortemente suportada e querida pelo ordenamento jurídico. Trata-se, aqui, de estimular, por meio da intervenção hermenêutica realizada pelos precedentes judiciais, a progressiva redução da indeterminação do direito³⁵³, sem se buscar, todavia, congelar o significado dos textos normativos, os quais sempre permanecerão essencialmente indeterminados frente aos casos novos³⁵⁴.

O trabalho desempenhado pelo precedente judicial se desenvolve no sentido de alcançar a determinação do direito, objetivando alcançar níveis ideais — e, portanto, não absolutos, mas continuamente reconstruíveis — de certeza jurídica³⁵⁵ e, ainda, objetivando restringir,

³⁵³ Para Daniel Mitidiero, “[...] a fim de que o direito possa *orientar* condutas a fim de cumprir com os seus objetivos básicos de prover uma ordem jurídica pautada pela *liberdade* e pela *igualdade*, é preciso *reduzir a sua indeterminação*. A interpretação é o modo pelo qual essa operação é paulatina e contextualmente realizada. Para que esse processo de permanente determinação do direito possa ser realizado de forma segura, é preciso que seja empreendido de forma racional seja do ponto de vista da *atividade interpretativa*, seja do ponto de vista do seu *resultado*. Em outras palavras, a fim de que exista uma segura densificação do direito é preciso que a interpretação seja racional.” MITIDIERO, Daniel Francisco. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 60-61.

³⁵⁴ De acordo com Noel Struchiner, “[...] pode-se observar que as diferenças entre a aplicação dos precedentes judiciais e das regras legais escritas desvanece. Em ambas as formas de se comunicar critérios gerais de conduta é necessário observar se os casos novos que surgem são aplicação da regra para receberem o mesmo tratamento. É bem verdade que as palavras são capazes de cercear de forma mais rígida os aspectos relevantes que devem ser observados. Todavia, ainda apresentam uma textura aberta.” STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem: Uma análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 71.

³⁵⁵ Juraci Mourão Lopes Filho afirma, no ponto, que “Não se pode duvidar, por óbvio, que a escolha interpretativa feita no precedente corrobora a certeza jurídica. Com efeito, ante a indeterminação de qual significado deva

paulatinamente, a equivocidade ínsita ao direito³⁵⁶. Os precedentes judiciais, ao integrarem o sistema de fontes do direito, promovem a colmatagem hermenêutica do ordenamento jurídico³⁵⁷, tornando normativamente mais denso o conteúdo das regras, dos princípios, das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, bem como preenchendo as lacunas normativas e resolvendo as antinomias jurídicas surgidas nos processos de interpretação e de aplicação das leis³⁵⁸.

Igualmente, a tutela jurisdicional prestada mediante precedente judicial — nomofilaquia através do precedente — produz o enriquecimento hermenêutico do ordenamento jurídico, na medida em que agrega, por meio da explicitação da *ratio decidendi*, parcelas semântico-normativas genuinamente novas ao sistema, ao realizar a análise dos fatos e dos textos normativos que interagem entre si no processo de interpretação e de aplicação do direito e, pois, de construção da norma jurídica³⁵⁹. As razões jurídicas ministradas pelo precedente judicial

ser atribuído a um enunciado normativo, o precedente, sem dúvida, é um critério relevante.” LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 349.

³⁵⁶ Conforme se manifesta Daniel Mitidiero, “A formação e o respeito ao precedente judicial exigem certamente uma adequada teoria dos precedentes. E isso porque é tarefa do precedente *reduzir o âmbito de equivocidade* inerente ao Direito, viabilizando a sua maior cognoscibilidade. A necessidade de seguir precedentes não pode ser seriamente contestada no Estado Constitucional — dada a exigência de segurança jurídica que lhe serve de base.” MITIDIERO, Daniel Francisco. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 35.

³⁵⁷ Para Michele Taruffo, “[...] é a jurisprudência que constitui o conteúdo efetivo do chamado direito vivo, o qual representa em muitos casos o único direito do qual dispomos — por exemplo, quando os juízes criam direito preenchendo lacunas — ou o verdadeiro direito do qual dispomos — quando os juízes criam direito interpretando cláusulas gerais ou qualquer outro tipo de norma.” TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007, p. 11 — tradução livre.

No original: “[...] è la giurisprudenza che costituisce il contenuto effettivo del c.d. diritto vivente, il quale rappresenta in molti casi il solo diritto di cui disponiamo — ad esempio quando i giudici creano diritto colmando lacune — o il vero diritto di cui disponiamo — quando i giudici creano diritto interpretando clausole generali, o qualunque altro tipo di norma.”

³⁵⁸ Segundo Hermes Zaneti Jr., “[...] parece correto afirmar que as objeções teóricas à adoção de um modelo de precedentes vinculantes, que estão ligadas especialmente ao princípio da legalidade, ao princípio da separação dos poderes, e à criação do judicial do direito pelo juiz (vinculação do juiz somente à lei e independência judicial), não afastam a necessidade de uma teoria dos precedentes como modelo normativo formal, tanto no aspecto de densificação de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e princípios, quanto na correlata função interpretativa e de fechamento das lacunas (*fracas e fracas/fortes*) e de resolução das antinomias (*fracas, fracas/fortes e fortes*), especialmente porque os objetivos da teoria dos precedentes formalmente vinculantes são o aumento de racionalidade, igualdade, previsibilidade e efetividade do direito.”

O autor acrescenta, ainda, que “Também aos juizes e aos tribunais, na atividade de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, cabe contemplar as lacunas sanáveis e resolver as antinomias do ordenamento jurídico, mediante adequada fundamentação, respeitado o postulado da estrita legalidade e a zona de conformação da democracia política e da democracia civil. Além disto, cabe aos juizes e tribunais garantir a aplicação direta e imediata das normas constitucionais autoaplicáveis com eficácia imediata.” ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 293-294 e p. 300-301, respectivamente.

³⁵⁹ Juraci Mourão Lopes Filho, afirma que a principal função do precedente judicial é a promoção do enriquecimento hermenêutico do sistema jurídico. Segundo o autor, “Ademais, somente será precedente quando houver, conforme já adiantado, um ganho hermenêutico, entendido como (1) a obtenção de um novo sentido; (2) a opção por um específico sentido obtido em função das peculiaridades concretas observadas e

constituem — e, portanto, não meramente *declaram* — sentidos até então inexistentes na ordem jurídica e que, por isso mesmo, não seriam possíveis de serem alcançados pelo raciocínio lógico-formalista, mas, ao contrário, somente são apurados por meio do procedimento dialético-reconstrutivo³⁶⁰.

O procedimento de reconstrução das normas jurídicas realizado pela jurisdição demonstra que a tutela jurisdicional prestada mediante precedente judicial se trata de verdadeira novidade normativa que é acrescentada ao tecido do ordenamento jurídico³⁶¹. Através da construção dos precedentes, a jurisdição, por meio de procedimento dialético e controlável, passa a *adscrever* significados aos enunciados normativos, outorgando-lhes novos sentidos³⁶².

que, até então, fugia a uma interpretação realizada segundo a consideração de situações-padrão e comuns de aplicação; (3) avanço de sentido não contidos aprioristicamente em um texto legislativo ou constitucional. O precedente enriquece o sistema jurídico por agregar sentido em razão das situações que julgam. Esse enriquecimento será perdido caso se o empobreça pela abstrativização máxima e infalível.” Para o autor, “O enriquecimento hermenêutico se calca, pois, em dois pontos: a) abertura do sistema jurídico para a realidade que, pela jurisdição, é mediada com o Direito; e b) o sentido jurídico não é estagnado com a emissão do julgamento, o uso posterior do precedente o insere em um novo círculo hermenêutico potencialmente formador de um significado diverso (ciclo virtuoso de significado).” LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 276 e p. 341, respectivamente.

³⁶⁰ Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni afirma que “O precedente revela algo que é autônomo diante da lei, que dela não é mera consequência lógica. Fundamentos que explicam o sentido outorgado ao texto da lei, a declaração da sua validade ou invalidade, ou ainda a admissão da validade de determinada interpretação em detrimento de outra, certamente constituem algo que se insere numa ordem jurídica de maior amplitude, integrada pelas leis e pelos precedentes judiciais.” MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 104-105.

³⁶¹ Luiz Guilherme Marinoni afirma que, “Na verdade, a decisão que interpreta a lei agrega algo de novo à ordem jurídica legislada, mas não a invalida ou a integra. Isso porque dá conteúdo a uma ordem jurídica de maior amplitude, preenchida pela legislação e pelas decisões judiciais da Cortes Supremas. [...] Chega-se aí ao ponto: a decisão interpretativa, por ser elaborada a partir das valorizações e da vontade do intérprete, é algo a mais em face da regra editada pelo legislador, tendo, assim, um caráter de criatividade a partir da lei. Esse algo de novo se coloca ao lado da lei, integrando uma ordem jurídica mais ampla, exatamente porque a decisão do STJ, ao definir o sentido do direito, confere-lhe unidade, revelando o ‘direito judicial’ que deve regular a vida em sociedade e guiar a solução de casos iguais ou similares. Nota-se, portanto: a eficácia obrigatória do precedente, circunscrita à sua *ratio decidendi*, é mera consequência da função da Corte de atribuir sentido e unidade ao direito federal, vale dizer, de criar algo de novo na ordem jurídica vinculante.” MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 158-159.

³⁶² Segundo Michele Taruffo, “Por um lado, a teoria analítica da interpretação parte da premissa fundamental de que interpretar um enunciado normativo não significa descrever o que ele significa, mas *adscrever* um significado a ele. Este, então, nunca é ‘dado’ nem mesmo implicitamente na norma, mas é criado pelo intérprete, que o escolhe dentre os múltiplos significados possíveis do mesmo enunciado, com base em decisões e diretrizes interpretativas. Se isso se aplica em geral, também se aplica ao juiz que, interpretando a norma para aplicá-la ao caso concreto, não encontra nela um significado preexistente, mas o determina em função da decisão. A atividade decisória não é, portanto, declarativa, mas criativa do direito, na medida em que ‘cria’ e ‘escolhe’ o significado atribuído à norma de tempos em tempos.” TARUFFO, Michele. *Il vertice ambiguo: saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991, p. 75 — tradução livre.

No original: “Per un verso, la teoria analitica dell’interpretazione muove dalla premissa fondamentale per cui interpretare un enunciato normativo non significa descrivere ciò che esso significa ma *ascrivere* ad esso un significato. Questo dunque non è mai ‘dato’ neppure implicitamente nella norma, ma è creato dall’interprete, che lo sceglie tra più significati possibili dello stesso enunciato in base a decisioni e a direttive d’interpretazione. Se ciò vale in generale, vale anche per il giudice, il quale interpretando la norma per

Somente esse acréscimo semântico-normativo, o qual é adscrito à ordem jurídica³⁶³, é capaz de constituir-se precedente e, nessa medida, de individualizar-se da simples reunião de julgamentos proferidos em casos similares ou mesmo de decisões que apenas aplicam a lei ou que reafirmam precedentes, o que acaba por inseri-lo na categoria de geratriz do direito³⁶⁴. Vê-se, portanto, que as razões jurídicas explicitadas pela jurisdição ao prestar tutela ao ordenamento jurídico agregam sentido novo ao ordenamento jurídico, contribuindo para o processo de redução ideal da indeterminação semântica do direito, bem como promovendo a racionalidade da ordem jurídica³⁶⁵.

Oportuno ressaltar, todavia, que as funções desempenhadas pelo precedente judicial — diretamente decorrentes da percepção como espécie de tutela jurisdicional — não possuem a intenção e nem mesmo seriam capazes de interromper a espiral interpretativa na qual se inserem os textos dotados de autoridade jurídica. As razões jurídicas contidas no precedente judicial não têm o condão de torná-lo imune a novas e sucessivas interpretações. Ao contrário, essas mesmas

applicarla al caso concreto non ne ‘trova’ un significato preesistente ma lo determina in funzione della decisione. L’attività decisoria non è dunque dichiarativa ma creativa di diritto, in quanto ‘crea’ e ‘sceglie’ il significato che alla norma viene di volta in volta attribuito.”

³⁶³ De acordo com Daniel Mitidiero, “A proeminência de *técnicas preventivas* em detrimento de repressivas para outorgar unidade ao direito no Código de 2015 decorre da percepção de que a interpretação do direito não é simples *declaração* de uma norma preexistente ou mesmo *extração* do seu conteúdo normativo. Trata-se de preponderância oriunda da adoção de uma perspectiva *adscritivista* da interpretação: se a norma é resultado da interpretação, dada a dupla indeterminação do direito, então é imprescindível que a jurisdição colabore com a legislação a fim de que o significado do direito seja *densificado*, *precisado* e devidamente *comunicado* aos seus destinatários. Se o direito é duplamente indeterminado e a sua densificação depende da interpretação que é dada pela jurisdição, então a tônica na legislação não basta para guiar os comportamentos sociais. Sendo a interpretação uma atividade adscritiva de sentido, é preciso que o direito seja visto como o produto de uma relação dinâmica e cooperativa que se estabelece entre a legislação, a doutrina e a jurisdição.” MITIDIERO, Daniel Francisco. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 74.

³⁶⁴ Segundo Hermes Zaneti Jr., “Serão precedentes apenas aqueles casos que constituírem acréscimos (ou glosas) aos textos legais relevantes para solução de questões jurídicas. Neste último caso, quando o precedente aplicar a lei sem acrescentar conteúdo relevante, a vinculação decorrerá diretamente da lei. Nem toda a decisão, portanto, será um precedente. Por tais razões, os precedentes devem ser tratados como norma — fonte do direito primária e vinculante — não se confundindo com o conceito de jurisprudência ou de decisão.” ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 310.

³⁶⁵ De acordo com Hermes Zaneti Jr., “A principal razão para a adoção de um sistema de precedentes é a racionalidade, ou seja, a premissa de que as decisões judiciais devem tratar igualmente casos iguais, porque, quando forem decididas, assim o foram com pretensão de universalidade e estabeleceram-se, por consequência, como ônus argumentativo em relação às decisões futuras que destas pretendam se apartar. [...] Tolhidas as amarras ideológicas da tradição de *civil law*, deve ser claramente percebido que um modelo adequado de precedentes judiciais normativos é capaz de garantir a racionalidade, a igualdade, a previsibilidade (que se desdobra em confiança legítima e segurança jurídica) e a efetividade do ordenamento jurídico para além e complementarmente às normas jurídicas legisladas que já tem por finalidade estes objetivos.” ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 333.

razões jurídicas são constantemente colocadas à prova na dinâmica argumentativa e continuamente sujeitadas ao processo de concretização do direito³⁶⁶.

O precedente judicial não tem — e nem mesmo poderia ter — a função de engessamento do direito, já que este último sempre continuará indeterminado, ainda que em graus um pouco mais reduzidos. Isso se deve ao fato de que o precedente judicial, tal como qualquer outra fonte do direito, não se expressa por meio de qualquer de linguagem infalível. Na verdade, ele opera no mundo da linguagem ordinária, na qual a obtenção dos significados — inclusive aqueles contidos nos próprios precedentes — carece, necessariamente, de interpretação³⁶⁷. Nesse sentido, o precedente, após ser criado, se insere num novo círculo hermenêutico, dentro do qual passa a ser objeto de interpretações, que, inclusive, poderão levar à sua distinção ou, em graus extremos, até mesmo à sua superação³⁶⁸.

A explicitação textual da *ratio decidendi*, além disso, não encerra o processo de contínua densificação semântica do direito, que, em verdade, se caracteriza pela perenidade e pela constante evolução, tendo em vista que a textura aberta da linguagem é algo inerente ao direito

³⁶⁶ De acordo com Juraci Mourão Lopes Filho, “Esse ganho hermenêutico não fecha o Direito, de modo a ungir uma interpretação entre as várias possíveis, e, com isso, gerar a estabilidade, encerrando qualquer outro debate sobre interpretações possíveis. O próprio precedente será submetido a uma nova *applicatio*, em um ciclo virtuoso. Assim, [...] o precedente não encerra discussões, porque sempre será possível interpretá-lo, reavaliá-lo, afastá-lo, incrementá-lo, ou seja, operar-lhe uma nova *applicatio* sempre a depender de uma série de outros fatores.” LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 338.

³⁶⁷ Nesse sentido, Noel Struchiner, afirma que “[...] sempre podem surgir certas situações particulares que façam com que o juiz tenha que definir melhor ou refinar a regra no momento em que deve decidir sobre a sua aplicação ou não. Esse processo de definição e refinamento das regras jurídicas é contínuo, já que sempre é possível o surgimento de novos casos não antecipados que se encontram na penumbra da regra. A possibilidade do surgimento desses casos de penumbra demonstra que a regra mais precisa pode se tornar vaga.” Além disso, segundo o autor, “Mesmo quando nós determinamos certas características que devem estar presentes todas as vezes em que empregamos um termo geral, essas características são descritas por meio da nossa linguagem ordinária, que, por sua vez, é dotada de uma textura aberta. Ao usarmos termos técnicos no direito, que só podem ser empregados na presença de certas propriedades, diminuimos as incertezas, mas não eliminamos a indeterminação semântica.” STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem: Uma análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 97 e p. 131, respectivamente.

³⁶⁸ De acordo com Guilherme Bacelar Patrício de Assis, “É preciso rememorar que não existe atividade jurídica sem interpretação. Tanto quanto as leis as *rationes decidendi* dos precedentes são textos normativos que, por mais claros e objetivos que sejam, carecem de interpretação. Ainda que solenemente proclamada em termos de universais, após a observância de um procedimento específico prescrito pelo CPC/2015, a *ratio decidendi* se expressa por meio de enunciados linguísticos potencialmente equívocos e conectados aos fatos materiais do caso. De todo precedente emana um texto escrito que está indelevelmente imbricado com os fatos materiais relevantes que ensejaram sua edição. O sentido e o alcance desse texto podem vir a ser, em alguma medida, revelados ou ressignificados no momento de sua ulterior aplicação. Não há margem para a aplicação mecânica e irrefletida dos precedentes. As garantias do contraditório e do dever de fundamentação adequada expurgam, no plano teórico, essa possibilidade.” ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. *Precedentes vinculantes em recursos extraordinários e especial repetitivos*. Belo Horizonte, 2016. 296 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016, f. 279-280.

e, pois, impossível de ser completamente eliminada³⁶⁹. Logo, não somente o precedente se reinsere no círculo das interpretações — e, pois, recebe adscrições de sentido às próprias razões —, mas também se compatibiliza com o ininterrupto movimento de determinação e de densificação semânticas, bem como se compromete com a incessante busca pela unidade e racionalidade do ordenamento jurídico.

Em decorrência da função hermenêutica, realizada em favor do ordenamento jurídico, o precedente judicial desempenha relevante papel na promoção da efetividade processual e, pois, na efetividade da tutela dos direitos submetidos à apreciação jurisdicional. Ele permite assegurar que as situações de lesão ou de ameaça aos direitos sejam resolvidas com economicidade, em tempo razoável e, principalmente, de modo igualitariamente justo. Pode-se afirmar, além disso, que o precedente judicial ao uniformizar semanticamente o entendimento sobre determinada questão de direito, precisando o significado dos textos normativos envoltos em determinado contexto fático-normativo, tem o condão de desestimular a judicialização excessiva e despropositada³⁷⁰, angariando proveitosos ganhos à racionalização da prestação da tutela jurisdicional³⁷¹.

Logo, conquanto os benefícios hermenêuticos e normativos proporcionados pelo precedente judicial sejam primordiais e lhes distingam a tonalidade, não se pode ignorar os

³⁶⁹ Para Mônica Sette Lopes, “Isto não significa que a máxima segundo a qual *in claris cessat interpretatio* teria finalmente alcançado seu campo ideal de aplicação. Ao contrário, e como enfatiza Streck, as súmulas também são textos e se submetem à visão instável do intérprete. A sua assimilação em cada caso concreto não se opera como a resultante de uma subsunção mecânica, mas por meio da trama ideológica em que a mensagem também deve ser recebida e implantada numa realidade que escapa ou diversa do texto.” LOPES, Mônica Sette. *Precedentes e tópica: soluções como problemas*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9. Região, v. 32, n. 59, p. 255–273, jul./dez., 2007, p. 264.

³⁷⁰ Conforme explicam Marcelo Franco e Guilherme Leroy, “É dessa pressuposição de aceitação dos precedentes que o CPC/2015 extrai as primeiras possibilidades de frear o ajuizamento de determinados tipos de ação. Ora, caso o precedente consiga pacificar a situação e ser entendido como construção coletiva e institucional do Poder Judiciário que deve ser respeitada, é lógico deduzir que a comunidade jurídica e, em segundo momento, a sociedade como um todo, absorverá o entendimento. Não havendo mais espaço para discussão — exceto pelo *distinguishing* e *overruling*, que requerem uma técnica complexa para afastamento do precedente — também não há interesse das partes no ajuizamento da ação, até porque a loteria jurisprudencial não mais existirá. Ademais, a já apontada modulação de efeitos protege os atos praticados e as decisões passadas quando existir repentina alteração de entendimento.” FRANCO, Marcelo Veiga; LEROY, Guilherme Costa. *O efeito desjudicializante dos precedentes judiciais no Código de processo civil de 2015*. Revista de processo, v. 42, n. 267, p. 171–194, maio, 2017, p. 186-187.

³⁷¹ De acordo com Francisco Rosito, “A valorização dos precedentes judiciais, entretanto, permite modificar esse panorama em prol da racionalização da prestação jurisdicional. É inegável que, uma vez estabelecido o precedente, as partes ficam desestimuladas a provocar o Judiciário para discutir a mesma questão ou a recorrer de decisões assentadas, na medida em que já conhecem o entendimento prevalente. Evita-se, desse modo, que cada parte recorra aos tribunais superiores para que sejam reconhecidos direitos objeto de reiterados julgamentos no mesmo sentido, ocasionando dispêndio de recursos já escassos, seja humano, seja financeiro, além dos gastos de tempo inerente ao processamento dos recursos.” ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: a racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 159.

proveitos que também são obtidos, conseqüentemente, à efetividade processual e à proteção jurisdicional dos direitos, por meio da tutela consubstanciada em precedente judicial. As razões jurídicas que emanam dos precedentes judiciais, permitem que as inúmeras demandas que se encontrem sob a apreciação do Poder Judiciário sejam resolvidas de modo eficiente³⁷² e célere, tanto em relação aos casos que se agrupam pela repetitividade, quanto para os casos que se diferenciam pela singularidade³⁷³.

Além disso, importante reconhecer que o precedente judicial transpassa todo o Código de Processo Civil³⁷⁴, influenciando e conformando os seus diversos procedimentos, seja nas instâncias singulares ou mesmo nos órgãos colegiados, tudo no intuito de efetivar as decisões, de acelerar os procedimentos e de economizar as etapas processuais, outorgando ao processo graus mais adequados de eficiência. Nesse sentido, destaca-se que a edição do precedente judicial: *i.* afasta a regra do julgamento por ordem cronológica de conclusão, autorizando o imediato julgamento de processos em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos, bem como nos casos de julgamento dos próprios recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas (incisos II e III do artigo 12 do CPC/15); *ii.* permite a concessão de tutela evidência, independentemente da demonstração

³⁷² Para Lucas Buril de Macêdo, “Assim, a eficiência fornecida pelo *stare decisis* é no sentido (a) garantir maior economia no esforço judicial, pois a mesma questão não pode ser frequentemente reutilizada como argumento; (b) proteger o interesse privado das partes, as quais podem confiar na decisão dada pelos tribunais e, assim, alcançar partes, as quais podem confiar na decisão dada pelos tribunais e, assim, alcançar soluções extrajudiciais, pois o direito fica mais claro e torna-se improvável qualquer reversão do entendimento; (c) evita-se litigância sem sentido, tanto pelas partes, pois podem ser punidas, como a extensão do processo pelos tribunais, já que os juízes devem seguir os entendimentos dos tribunais superiores, evitando um elevado número de recursos e reformas. Esses objetivos são especialmente utilitários, isto é, baseiam-se nas vantagens pragmáticas da adoção do *stare decisis*, ponto de extrema importância para sua adoção no *common law* e que não deve ser negligenciado no *civil law*. Como se percebe, o *stare decisis* pauta-se na economia, pois a *decisão da Corte competente para dar a última palavra quanto a determinada questão jurídica será o fim* — ainda que provisório — *da argumentação jurídica sobre o ponto*: trata-se de fonte do direito e deverá ser aplicada obrigatoriamente, evitando-se a construção e reconstrução permanente de normas jurídicas, sem estabilizações.” MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 124.

³⁷³ As considerações formuladas por Sofia Temer, ao discorrer sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas — aplicáveis ao sistema de precedentes judiciais como um todo —, bem esclarece a questão: “De um lado, o incidente de resolução de demandas repetitivas tem o potencial de reduzir o tempo de tramitação dos processos em que há a questão comum, pela adoção da tese fixada, limitando a rediscussão do tema, que muitas vezes ocorre no seio de recursos protelatórios. Tais técnicas permitem que o órgão julgador se dedique de forma mais aprofundada para resolver concentradamente uma questão jurídica, o que possibilita um acréscimo qualitativo da decisão proferida acerca do tema. Evita que o Poder Judiciário analise incontáveis vezes a mesma questão. De outro lado, a resolução concentrada das questões repetitivas possibilita o ‘desafogamento’ do Judiciário e permite que a máquina judiciária seja empregada para resolver outros conflitos. Nesta medida, também concretiza o direito à razoável duração do processo para todos os outros processos ‘não-repetitivos’.” TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 40-41.

³⁷⁴ BRASIL. *Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 22 out. 2019

de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando houver comprovação documental das alegações fáticas e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante (inciso II do artigo 311 do CPC/2015); *iii.* viabiliza o julgamento liminar do pedido quando contrariar precedentes (incisos I, II, III e IV do artigo 332 do CPC/2015); *iv.* afasta a necessidade da remessa necessária quando a sentença estiver fundada em precedentes judiciais (incisos I, II e III do §4º do artigo 496 do CPC/15); *v.* dispensa a prestação de caução, no âmbito do cumprimento provisório de sentença, relativamente ao levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, quando a sentença a ser provisoriamente cumprida estiver em consonância com súmula da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou em conformidade com acórdão proferido no julgamento de casos repetitivos (inciso IV do artigo 521 do CPC/15); *vi.* concede ao relator o poder de decidir de forma monocrática, seja para negar provimento a recursos que forem contrários ao precedente judicial, seja para dar provimento ao recurso quando a decisão recorrida for contrária ao precedente judicial, seja para julgar monocraticamente o conflito de competência (alíneas a, b, c dos incisos IV e também do V do artigo 932 e incisos I e II do parágrafo único do artigo 955 todos do CPC/2015); *vii.* autoriza o cabimento de ação rescisória quando a decisão de mérito violar manifestamente norma jurídica, aí compreendida a hipótese de decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento (inciso V e §5º do artigo 966 do CPC/2015, incluído pela Lei nº 13.256, de 2016); *viii.* permite o cabimento de reclamação contra decisão que aplica indevidamente a tese jurídica ou que não procede à sua aplicação aos casos que a ela correspondam (incisos III e IV do artigo 988 do CPC/2015); *ix.* admite a exequibilidade imediata da sentença que confirma, concede ou revoga tutela provisória de evidência (inciso V do §1º do artigo 1.012 c/c inciso II do artigo 311 ambos do CPC/2015); *x.* autoriza o presidente ou o vice presidente do Tribunal recorrido a negar seguimento a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral, bem como a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos (alíneas a e b do inciso I do artigo 1.030 do CPC/15, incluídas pela Lei

nº 13.256, de 2016); *xi*. permite ao presidente ou ao vice presidente do Tribunal recorrido a encaminhar o processo ao órgão julgador para realização do juízo de retratação, se o acórdão recorrido divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça exarado, conforme o caso, nos regimes de repercussão geral ou de recursos repetitivos (inciso II do artigo 1.030 do CPC/15, incluído pela Lei nº 13.256, de 2016); *xii*. viabiliza que o presidente ou o vice presidente do Tribunal recorrido suspenda o recurso que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo ainda não decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se trate de matéria constitucional ou infraconstitucional (inciso III do artigo 1.030 do CPC/15, incluído pela Lei nº 13.256, de 2016); *xiii*. automatiza o reconhecimento de repercussão geral no Recurso Extraordinário nos casos em que a decisão impugnada atingir súmula ou precedente do Supremo Tribunal Federal (inciso I do §3º do artigo 1.035 do CPC/2015).

Optar pela construção de *soluções harmonizadoras*, capazes de, em certa medida, compatibilizar a dimensão teórico-normativa do precedente judicial — decorrente do papel desempenhado pelo precedente na teoria geral do direito e com influência explícita na tutela do direito à segurança jurídica — com a sua dimensão pragmático-normativa — resultante da atribuição exercida pelo precedente no âmbito de um processo de resultados, com expressivos reflexos no direito à efetividade processual —, significa escolher soluções diretamente conectadas aos problemas e às nuances da realidade da sociedade brasileira. Pode-se, assim, a partir dos inúmeros resultados obtidos com a prestação de tutela jurisdicional mediante precedente judicial, estabelecer relações de proporcionalidade que se intermediam entre a tutela da segurança jurídica e a tutela da efetividade processual: *i*. quanto melhor aprimorada e desenvolvida a tutela jurisdicional, prestada no sentido de reduzir a indeterminação do direito e de promover a sua unidade, maiores serão, conseqüentemente, os resultados obtidos com a utilização do instrumento processual, que produzirá resultados isonômicos, atentos à proteção da confiança e à promoção da justiça, dando concretude à efetividade processual; *ii*. quanto mais se abandonar e se renegar o seu caráter primário e subordinante, menores serão os resultados obtidos com o uso do processo jurisdicional na tutela dos direitos, que tenderá, invariavelmente, à produção de resultados díspares, casuísticos, esparsos e, por isso mesmo, irracionais e descompromissados com a obtenção de justiça.

Os resultados decorrentes da edição do precedente judicial — os quais são obtidos mediante a explicitação de razões relevantes, aceitáveis, controláveis, universalizáveis e justas — podem ser assim sintetizados: *i*. o preenchimento da textura abertura da linguagem jurídica

e a constituição de núcleos mínimos de significação, a partir dos quais remanescem a confiança depositada pelos cidadãos quanto ao conteúdo potencialmente extraível dos textos normativos; *ii.* a tutoria do ordenamento jurídico mediante o exercício da função de nomofilaquia, cuidando do significado extraível dos textos normativos; *iii.* a progressiva diminuição da incerteza do direito, com a escolha, racional e controlável, de alternativa interpretativa aceitável e justa; *iv.* a colmatagem hermenêutica do ordenamento jurídico, tornando mais denso o conteúdo dos enunciados normativos e resolvendo as incongruências — lacunas normativas e antinomias jurídicas — do sistema; *v.* o enriquecimento hermenêutico do ordenamento jurídico, agregando à ordem jurídica parcelas de significados originariamente novas; *vi.* a promoção da racionalidade e da unidade do ordenamento jurídico; *vii.* a eficácia do processo jurisdicional e, por direta consequência, o próprio conjunto de direitos que compõe o ordenamento jurídico, permitindo a obtenção de resultados verdadeiros na tutela dos direitos.

Todos esses resultados propiciados pelo precedente judicial também implicam relevantes consequências para a própria processualística e para a compreensão dos institutos fundamentais do processo, adiante mencionadas.

8.3 Consequências de compreender e justificar o precedente judicial como tutela jurisdicional: do liame colaborativo entre o legislador e o órgão julgador e da produção do direito pela jurisdição em caráter vinculante

Numa perspectiva metafórica, é possível afirmar que o precedente judicial interage com o ordenamento jurídico tal como a costureira no cumprimento de seu mister. Ao possibilitar a especificação semântica dos textos normativos e ao permitir o progresso e a evolução do direito, o precedente judicial passa a permear e a enriquecer o ordenamento jurídico, bem como a interligar instâncias deste sistema que até então permaneciam isoladas entre si. Tal como num bordado artesanal, por meio do qual se combinam diversificadas fibras com diferentes tecituras, das mais variadas tonalidades, a fim de se formar, a partir de riscos esquadrinhados no tecido, um todo artístico belo. A perspectiva de um sistema interconectado demonstra a importância do uso do precedente judicial na cosedura hermenêutica da rede, realizado a cada golpe de agulha e representado por meio da proclamação de novo precedente judicial pelos Tribunais.

O precedente judicial, assim concebido, permite reconhecer que a jurisdição passa a exercer, em colaboração com a legislação³⁷⁵, a tutoria do ordenamento jurídico, por intermédio de pronunciamentos jurisdicionais altamente qualificados. As inúmeras leis positivadas, os diversos princípios e as suas multiformes cargas normativas, as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados, as considerações doutrinárias e científicas, os próprios textos judiciais editados pelos Tribunais, bem como os valores que reinam em sociedade, passam, todos, a serem alinhavados e amarrados pelo precedente judicial, de modo a assegurar a unidade, a racionalidade, a integridade e a coerência do sistema jurídico, dada a abrangência e a complexidade a ele inerentes. Implica reconhecer, portanto, que a jurisdição deixa o lugar que sempre lhe foi relegado, de tutela da lei, para ser promovida ao posto de *tutora do ordenamento jurídico*, mediante a reconstrução dos significados contidos nos enunciados normativos³⁷⁶.

Mesmo que a positivação dos textos normativos, em caráter genuinamente originário, seja função afeta soberanamente ao Poder Legislativo — o que se mantém com o sistema de precedentes, na medida em que não se admite a derrocada da legislação pela jurisdição —, é importante perceber que o Poder Judiciário passa a desempenhar relevantíssimo papel quanto ao desenvolvimento do direito, outorgando sentido aos textos normativos, mediante a escolha da alternativa interpretativa mais adequada³⁷⁷. Percebe-se, portanto, que, no atual paradigma do

³⁷⁵ Daniel Mitidiero, ressaltando o papel de colaboração existente nessa seara, afirma que “[...] 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 de parceiro do Poder Legislativo na tarefa de promoção do império do Direito, estabelecendo-se aí uma clara relação de *colaboração*.” MITIDIERO, Daniel Francisco. *Cortes superiores e cortes supremas*: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 75.

De igual forma, Luiz Guilherme Marinoni, apontando a colaboração existente estes Poderes da República, destaca que, “Perceba-se que, dessa forma, deixa-se de lado a ideia de tutela da lei e se frisa a missão de colaboração na definição e no desenvolvimento do direito. A Corte deve continuamente reformular e adequar o texto legal às novas realidades e valores, atribuindo-lhes o sentido devido. Significa que o Direito, hoje, não dispensa a conjugação dos esforços do Legislativo e do Judiciário.” MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*: recompreensão do sistema processual da corte suprema. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 111.

³⁷⁶ De acordo com Luiz Guilherme Marinoni, “Por ser uma Corte de interpretação — que não se pauta no formalismo interpretativo —, trabalha de modo coordenado com o Legislativo para a frutificação do direito na sociedade. Considere-se bem as coisas: a Corte deixa de ser tribunal de tutela da lei para ser tribunal de atribuição de sentido à lei não só em virtude da percepção de que o legislativo não tem capacidade de produzir sozinho o direito, mas sobretudo em razão de que se constata que a tarefa interpretativa é valorativa, revelando também vontade, e que, portanto, a decisão não é uma mera consequência lógica do que é produzido pelo legislador, mas uma verdadeira reconstrução de sentido que adere à ordem legislativa, revelando o direito que deve orientar a sociedade e pautar as decisões dos tribunais ordinários.” MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*: recompreensão do sistema processual da corte suprema. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 145.

³⁷⁷ Luiz Guilherme Marinoni, aponta que, “Como a lei é apenas o ponto inicial a partir do qual o juiz elabora a decisão, uma vez que não se interpreta sem valorar e optar — seja por diretivas interpretativas seja por um dos resultados da atividade interpretação —, a decisão atribui significado ao texto legal, expressando uma norma jurídica. O juiz colabora com o legislador para a frutificação do direito; não é mais seu servo, como coerentemente teria que admitir o adepto da ideia de que o juiz é submetido apenas à lei.” MARINONI, Luiz

direito, as relações existentes entre os Poderes da República são reorganizadas³⁷⁸, em completo respeito ao sistema constitucional de freios e contrapesos, e se direcionam no sentido de se estabelecer, em graus institucionais profundos, verdadeiro compartilhamento no exercício da função de produzir e de interpretar adequadamente o direito, outorgando-lhe sentido de acordo com os valores que imperam no ordenamento jurídico³⁷⁹. Trata-se, no particular, de conceber o processo como *ambiente institucional e social* destinado à resolução dialética dos conflitos e das tensões interpretativas sobre as parcelas textuais equívocas do direito, constituindo-o, portanto, como verdadeiro *espaço dialógico* no qual, asseguradas e efetivadas as garantias constitucionais, se passa a densificar semanticamente os textos normativos³⁸⁰.

O rearranjo dos papéis institucionais exercidos pela legislação e pela jurisdição, bem como o rompimento das barreiras estanques que demarcavam, com precisão castrense, as margens de atuação das funções dos Poderes da República no que diz respeito à produção do

Guilherme. *A ética dos precedentes*: justificativa do novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 93.

³⁷⁸ Segundo Hermes Zaneti Jr., “O que ocorreu nos contemporâneos estados democráticos constitucionais foi o aperfeiçoamento dos mecanismos de divisão de trabalho entre os juízes, o legislador e o legislador constituinte, sendo que o papel reservado à constituição como vértice do ordenamento jurídico implicou, ao mesmo tempo, uma valorização do papel dos juízes e da jurisdição, na medida em que estabeleceu para as instituições de garantia uma forma de controle sobre a ultrapassagem dos limites e vínculos nela estabelecidos.” ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 98-99.

³⁷⁹ Para Daniel Mitidiero, “Nessa linha, sendo as tarefas de interpretação e aplicação compartilhadas por vários órgãos estatais encarregados de densificar gradualmente o direito, não é apenas o legislador que realiza a sua *interpretação autêntica* (“*authentische Interpretation*”): todos os órgãos encarregados de aplicá-lo o fazem, incluído aí obviamente o órgão jurisdicional.” MITIDIERO, Daniel Francisco. *Precedentes*: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 54.

³⁸⁰ As observações formuladas por Hermes Zaneti Jr., conquanto direcionadas precipuamente ao controle judicial das políticas públicas, também se aplica à construção do precedente judicial e, pois, merecem integral reprodução: “Assim, o processo jurisdicional atua, entre outros tantos meios possíveis, como espaço vocacionado para solução e composição do dissenso natural à democracia e ao nosso modelo de Estado, que a agasalha, constringendo ao diálogo e impedindo (na medida do possível) a ruptura do tecido social. Note-se que o enfrentamento ocorre no âmbito de um modelo material-procedimental de constituição, de forma a admitir, no âmbito de uma moldura constitucional sólida de direitos fundamentais, a presença dos mandamentos deontológicos de *obrigação, permissão e faculdade*. Resultante dessa nova visão, surgida uma tensão entre a alegação de falta ou insuficiência de uma política pública e a previsão normativa de um direito fundamental social que demande resposta, o processo, entendido como procedimento em contraditório, possibilita a individualização do problema, a definição de seus limites e a identificação das razões dos opositores, podendo resultar em uma composição (consenso), em uma solução de compromisso (espécie de consenso qualificado) ou na afirmação, pelo direito, da solução conforme a justiça para o caso concreto, observando-se o debatido nos autos (pretensão do direito de dar a cada um o que é seu — *suum quique tribuere*), conforme com os direitos fundamentais previstos na Constituição. Portanto, nas sociedades democráticas, a imposição de solução das tensões sociais não decorre do interesse ou da vontade pessoal de um indivíduo (Estado Liberal) ou de grupos de indivíduos (Estado Social — no qual a maioria define o conceito de ‘bem’), mas do direito, entendido como justiça (pretensão de correção) em conformidade com a Constituição e respeitando o núcleo básico dos direitos fundamentais, através do, assim chamado, modelo normativo de *democracia deliberativa procedimental* de Jürgen Habermas.” ZANETI JR., Hermes. *A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional*. Revista brasileira de direito processual online, v. 18, n. 70, p. 49–81, abr./jun., 2010, p. 05.

direito permitem reconhecer, na atualidade, que a jurisdição, ao prestar tutela jurisdicional em favor do ordenamento, mediante a construção e a publicização dos precedentes judiciais, assume o lugar de fonte primária do direito³⁸¹.

A jurisdição civil não mais pode ser renegada unicamente à função de solução de casos concretos, mediante aplicação formalística e voluntarista da vontade da lei³⁸². Conquanto ainda detenha a função de solver, com justiça, as demandas concretamente apresentadas, a jurisdição também passa, quando da formação de precedentes judiciais, a realizar um discurso difuso, destinado à composição e à integração do próprio ordenamento jurídico, menos compromissado com as subjetividades do caso concreto e mais preocupado com a complexidade e com a unidade do ordenamento jurídico. Logo, é imperioso reconhecer que a jurisdição, ao prestar tutela jurisdicional mediante precedente judicial e, pois, ao acrescentar algo que seja semântica e vinculativamente novo, assume o lugar de fonte primária do direito.

Pode-se afirmar, além disso, que a jurisdição, ao tutelar a ordem jurídica mediante precedente judicial abandona os velhos dogmas que, no passado, a caracterizavam: *i.* deixa de atuar de forma substitutiva ou secundária, na medida em que a atividade que se pretende ver suprida não é aquela das partes quanto ao adimplemento das regras de direito material, mas, sim, a atividade de reconstrução do sentido do direito, por meio da explicitação da *ratio*

³⁸¹ Luiz Guilherme Marinoni aponta, nesse sentido, que, “Hoje, o STJ e o Legislativo realizam tarefa harmônica e coordenada para que o Estado possa se desincumbir do seu dever de dar à sociedade um direito em constante evolução e adequação às necessidades sociais. Tem-se, assim, (i) que a real função do STJ não é controlar a legalidade das decisões, mas definir o sentido atribuível ao texto da lei a partir de um método interpretativo aberto a valores e decisões racionalmente justificáveis; (ii) que a alteração da função da Suprema Corte preocupada com o direito federal infraconstitucional é consequência do impacto do constitucionalismo e da evolução das teorias da norma jurídica e da interpretação; (iii) que essa nova função coloca a Suprema Corte ao lado do Legislativo, retirando-a do lugar de tutela ao legislador, em que foi posta pelo direito inspirado nos valores da Revolução Francesa; (iv) que a Suprema Corte, diante da sua função contemporânea, agrega substância à ordem jurídica — que então passa a ser composta pelos precedentes das Cortes Supremas.” MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 115-116.

³⁸² Marcelo Veiga Franco e Antônio Gomes de Vasconcelos tecem as seguintes considerações: “Nesse cenário, percebe-se que, atualmente, o conceito clássico de jurisdição não mais se coaduna com a definição e a forma como a atividade jurisdicional deve ser exercida no Estado Democrático de Direito. Conforme proposto neste trabalho, o sentido contemporâneo de jurisdição abrange uma trílice função, a saber: satisfação do direito material; concretização dos princípios e dos direitos constitucionais; e, finalmente, a realização do projeto de sociedade estabelecido pela Constituição. No entanto, as definições tradicionais sobre a jurisdição estão claramente desalinhadas com os objetivos do Estado Democrático de Direito e com o sentido tido contemporâneo de jurisdição oriundo deste novo modelo de Estado. Aliás, o próprio descompasso entre a cultura jurídica nacional e os novos horizontes hermenêuticos abertos pela evolução da teoria constitucional contemporânea, como reflexo de uma percepção inadequada em relação ao paradigma do Estado Democrático de Direito, tem raízes mais profundas na academia jurídica brasileira, a qual se encontra em um premente desafio de construir uma ciência jurídica capaz de dar conta desse desafio.” FRANCO, Marcelo Veiga; VASCONCELOS, Antônio Gomes de. *Contribuição para a construção de uma teoria da jurisdição compatível com o Estado Democrático de Direito*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), v.8, n.1, p. 37-52, janeiro-abril, 2016, p. 49.

decidendi, superando uma parcela da incerteza do direito; *ii*. se desvencilha das amarras do casuísmo para atuar a partir de categorias fáticas e jurídicas suficientemente genéricas e não necessariamente retratadas e provadas no caso concreto, outorgando-se ao Tribunal competência para, além das causas, julgar teses jurídicas, que irão, por sua vez, expressar o significado adequado para o direito, de modo tal que o recurso passa a servir apenas de pretexto ou ainda, em certos casos, se apresentar despiciendo; *iii*. abandona a marcante característica da inércia, já que os próprios julgadores podem, por força de expressa previsão legal, proceder, *ex officio*, à instauração de determinadas técnicas processuais de formação concentrada de precedentes, bem como realizar, espontaneamente, a revisão ou mesmo a revogação, parcial ou total, dos precedentes que não mais se adequem à realidade jurídico-social, já que a esses pronunciamentos não se assegura os atributos da imutabilidade e da indiscutibilidade; *iv*. reforça, legitimamente, a função criativa perante o direito, na medida em que o processo de reconstrução do sistema jurídico e de recriação da norma jurídica resulta, no particular, em preceitos normativos mais genéricos, voltados à integração do próprio ordenamento.

O referido exercício hermenêutico culmina, na nova sistemática processual, com o reconhecimento, portanto, de que a jurisdição, além de ser fator essencial à efetivação dos direitos, é alocada no quadro de fonte primária do direito, o que intensifica sobremaneira seu caráter reconstrutivo e semanticamente enriquecedor, outrora jungido simplesmente à edição da norma reguladora do caso concreto³⁸³. A prestação jurisdicional, nesse aspecto, é direcionada à composição e à integração do ordenamento jurídico, por meio da explicitação de razões relevantes, aceitáveis, controláveis, universalizáveis e justas. A jurisdição exercida na formação de precedentes avigora-se como técnica de tutela não só de direitos subjetivos, discutido entre partes, mas também e especialmente, revela-se técnica de proteção e de conformação do próprio ordenamento jurídico, considerado em sua integridade, predispondo-se ao alcance de níveis cada vez mais elevados de unidade e de coerência.

³⁸³ Segundo Guilherme Bacelar Patrício de Assis, “Na dogmática contemporânea, sob o império da doutrina constitucionalista de matriz filosófica pós-positivista, e das modernas teorias da interpretação jurídica, o direito não pode mais ser resumido às declarações de vontade do legislador. Os precedentes hão de ser reconhecidos como fontes formais do direito, que criam, em maior ou menor grau, normas judiciais que não se confundem com os textos legislativos interpretados. A interpretação judicial não se adstringe à mera revelação do único, pré-determinado e inequívoco sentido da lei. A função jurisdicional não detém natureza meramente declaratória. A norma é o produto final da atividade interpretativa desempenhada pelos juízes, enquanto que o texto legal, associado aos fatos da causa, é o seu ponto de partida.” ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. *Precedentes vinculantes em recursos extraordinários e especial repetitivos*. Belo Horizonte, 2016. 296 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016, f. 264.

O reconhecimento da jurisdição como produtora originária do direito, apreendida na dimensão da tutela do ordenamento jurídico, permite compreender que a eficácia do precedente judicial compartilha da mesma valência do próprio ordenamento jurídico, o qual passa a integrar, especialmente no sistema jurídico brasileiro, que, para além de prestigiar a interpretação do direito, também positivou, de forma expressa, um sistema legal de precedentes judiciais³⁸⁴.

Em outras palavras, as razões jurídicas explicitadas quando da construção do precedente judicial, ao permear a ordem jurídica, fornecendo-lhe a interpretação adequada do texto constitucional e dos textos legais, passam a dispor de idêntico grau de vinculação do objeto de interpretação³⁸⁵. O efeito de transposição da carga de eficácia da ordem jurídica para a carga de eficácia do precedente judicial decorre de uma singela constatação: se o ordenamento jurídico é naturalmente vinculante, então, aquilo que especifica os seus significados, integrando-o, também deve dispor de igual eficácia, sob pena de se comprometer o próprio sistema jurídico e negar a sua capacidade de produzir efeitos³⁸⁶.

³⁸⁴ Michele Taruffo, ao analisar o sistema jurídico brasileiro, especificamente em relação às novidades introduzidas pela legislação processual, afirma que, “Até o momento, a exceção mais relevante, e provavelmente a única, é constituída do processo civil brasileiro, no qual os artigos 926 e 927 do código processual de 2015 introduzem um complexo regulamento com o qual se afirma a eficácia vinculante da súmula, que já existia, mas também da jurisprudência e dos precedentes. Trata-se de eficácia propriamente vinculante, e não meramente persuasiva, pois se prevê expressamente que todos os juízes, em relação à sua colocação no sistema, sejam obrigados a seguir os precedentes. Como se vê, essa norma é resultado de uma doutrina favorável ao valor vinculante do precedente, que foi e ainda é dominante na cultura jurídica brasileira.” TARUFFO, Michele. *Note sparse sul precedente giudiziale*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 72, n. 1, p. 111–129, mar., 2018, p. 122 — tradução livre.

No original: “Ad oggi l’eccezione più rilevante, e probabilmente l’unica, è costituita dal processo civile brasiliano, nel quale gli artt. 926 e 927 del codice processuale del 2015 introducono una complessa normativa con cui si afferma l’effica vincolante della súmula, che già esisteva, ma anche della giurisprudenza e dei precedenti. Si tratta di efficacia propriamente vincolante, e non meramente persuasiva, poichè si prevede espressamente che tutti i giudici, in relazione alla loro collocazione nel sistema, siano obbligati a seguire i precedenti. A quanto risulta, questa norma è il risultato di una dottrina favorevole al valore vincolante del precedente, che è stata ed è tuttora dominante nella cultura giuridica brasiliana.”

³⁸⁵ Para Daniel Mitidiero, “Por fim, o precedente tem sempre efeito vinculante, porque encarna a interpretação da Constituição ou da legislação federal em que se consubstancia a própria norma. Se a Constituição é a interpretação da Constituição e a Lei federal é a interpretação da Lei federal, então é evidente que qualquer dissociação entre norma e interpretação — dentro da administração da Justiça Civil — só pode ser vista com um subterfúgio para escapar da eficácia vinculante da própria Constituição ou da Lei federal. Vale dizer: da eficácia vinculante da própria ordem jurídica.” MITIDIERO, Daniel Francisco. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 129.

³⁸⁶ Conforme elucida Luiz Guilherme Marinoni, “Tais ‘conteúdos’, exatamente porque revelam sentidos ou compreensões jurídicas dotados de novidade, são imprescindíveis para orientar a sociedade e, por consequência, não podem ser ignorados pelos demais órgãos judiciais, sob pena de violação da igualdade perante o direito. Perceba-se que tais ‘conteúdos’, que se revelam mediante o que se chama de precedentes, também constituem direito, pois aperfeiçoam o produto do legislativo, dando-lhe plena capacidade de operar com imperatividade e eficiência social. Esses ‘conteúdos’, a partir de valorações racionalizadas mediante a devida argumentação, especificam o significado da lei diante das circunstâncias concretas do caso. Só isso é

A consequência imediata dessa assertiva é que o desrespeito ao precedente judicial implica, conseqüentemente, direta infringência à ordem jurídica³⁸⁷, o que é inaceitável num sistema que se pretende seguro e efetivo. Se as razões apresentadas por meio do precedente são assimiladas pelo ordenamento jurídico, dele fazendo parte indissociável, é naturalmente lógico que a inobservância injustificada ou desmotivada representa violação à própria eficácia que decorre do sistema de direito.

Justamente por compartilhar do mesmo grau de vinculação próprio da legislação é que o precedente não pode ser desconsiderado. Seja pelos órgãos jurisdicionais de grau inferior, em decorrência da vinculação exercida em nível vertical, seja pelos próprios Tribunais que emitiram o precedente, em virtude da vinculação existente na perspectiva horizontal³⁸⁸, seja pelas demais instâncias da sociedade civil que também aplicam o direito³⁸⁹, seja pelas partes contratantes que convencionam e que inserem negócios jurídicos em suas tratativas³⁹⁰, seja

suficiente para ver que os precedentes são, em razão apenas da sua substância, dotados de força obrigatória. Afinal, nessas condições os precedentes integram a ordem jurídica, naturalmente vinculante.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Da Corte que declara o “sentido exato da lei” para a Corte que institui precedentes*. Revista dos tribunais, v. 103, n. 950, p. 165–198, dez., 2014, p. 186.

³⁸⁷ Segundo Daniel Mitidiero, “Como a Corte Suprema pressupõe uma teoria da interpretação jurídica que reconhece equívocidade potencial de todos os enunciados jurídicos, a *negativa de adoção de suas razões* para *solução de casos idênticos ou similares* constitui *negação não só da 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.” MITIDIERO, Daniel Francisco. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 81.

³⁸⁸ Daniel Mitidiero afirma, nesse sentido, que: “A regra do *stare decisis* constitui a *referência* da segurança jurídica em um direito caracterizado pela sua dupla indeterminação. Essa é a razão pela qual as Cortes Supremas devem outorgar unidade à ordem jurídica e mantê-la estável, estando os seus juízes obrigados a seguirem os próprios precedentes (*stare decisis* horizontal), estando todas as Cortes de Justiça e todos os juízes de primeiro grau obrigados a observar — isto é, aplicar — os precedentes das Cortes Supremas e a jurisprudência vinculante das próprias cortes a que vinculados (*stare decisis* vertical).” MITIDIERO, Daniel Francisco. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 82.

³⁸⁹ Para Luiz Guilherme Marinoni, “As decisões da Suprema Corte, por revelarem conteúdo indispensável à regulação da vida social, integram a ordem jurídica e interessam a toda a comunidade. De modo que, ao contrário das decisões que, tutelando o litigante, limitam-se a corrigir as interpretações dos tribunais ordinários, as decisões de uma Suprema Corte que exerce função de desenvolvimento do direito se projetam perante toda a sociedade, obrigando os tribunais ordinários pelas simples circunstância de significarem o sentido do direito.” MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 116.

³⁹⁰ Assim explica Tiago Augusto Leite Retes, ao tratar especificamente sobre o tema: “Nessa linha de princípios, por foça de o sistema de precedentes ter qualidade marcante do *processo justo*, integrando o núcleo duro de princípios e garantias processuais, não é dado às partes que realizem convenções processuais que deroguem ou reduzam a aplicabilidade do sistema de precedentes. A título de exemplo, acordo sobre o procedimento que subtraia do juiz a possibilidade de se conceder tutela de evidência quando houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante seria inválido; de igual maneira, negócio jurídico processual que dispense o juiz de observar precedentes obrigatórios, tal qual exige o art. 927 do CPC/15, igualmente teria sua nulidade declarada.” RETES, Tiago Augusto Leite. *Convenções processuais sobre recursos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 138.

pelos árbitros do processo de arbitragem³⁹¹ e seja pelos administradores públicos³⁹², esses em consequência da vinculação jurídico-cultural exercida pelo precedente³⁹³. Se não se tem dúvidas de que os Tribunais, a sociedade civil, os administradores públicos e os árbitros devem *observar a lei* — justamente por ser a legislação fonte primária do direito e, por isso, conformadora do ordenamento jurídico —, não se pode questionar ou transgredir a *observância ao precedente judicial* — resultado da tutela jurisdicional prestada em caráter integrante do ordenamento jurídico, que, por isso mesmo, compartilha de idêntico grau de vinculação da lei.

Para que todos esses benefícios propiciados pelo precedente judicial possam, verdadeiramente, resultar ganhos ao sistema jurídico, faz-se necessário traçar algumas linhas mestras, a fim de que as técnicas processuais positivadas pelo legislador estejam habilmente dispostas à prestação de tutela jurisdicional adequada ao ordenamento jurídico, conforme adiante se percebe.

³⁹¹ Andre Vasconcelos Roque e Fernando da Fonseca Gajardoni afirmam que “A aplicação do direito brasileiro não se esgota no texto legal e deve o árbitro, sob pena de promover interpretação peculiar — ou seja contrária à isonomia e à segurança jurídica —, observar os precedentes existentes sobre a questão submetida à sua apreciação.” ROQUE, Andre Vasconcelos; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A sentença arbitral deve seguir o precedente judicial do CPC/2015? In: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marcos Félix (Org.). *Precedentes judiciais: diálogos transnacionais*. Rio de Janeiro: Tirant lo Blanch, 2018, p. 84.

No mesmo sentido, Sofia Temer aponta que, “[...] adotada a concepção de que os precedentes brasileiros também são fonte de direito, inexorável a conclusão pelo dever dos árbitros de ponderá-los e aplicá-los quando do exercício de sua função jurisdicional. Tal entendimento se sustenta também em outros fundamentos, como a exigência de isonomia e segurança jurídica na atividade jurisdicional (estatal ou arbitral), a concepção dworkiana de direito como integridade, e o ‘dever moral’ de seguir precedentes, entre outros.” TEMER, Sofia. *Precedentes judiciais e arbitragem: reflexões sobre a vinculação do árbitro e o cabimento de ação anulatória*. Revista de processo, v. 43, n. 278, p. 523–543, abr., 2018. p. 526.

³⁹² Para Eduardo Cambi e Adriano Aranhã, “[...] a vinculação da Administração Pública aos precedentes judiciais trata-se de exigência lógica do sistema jurídico brasileiro. Em síntese, o raciocínio firmado é o seguinte: (i) o administrador público deve interpretar e dar sentido à lei para aplicá-la no exercício das suas atribuições cotidianas; (ii) o sentido conferido pelo administrador público está sujeito à sindicabilidade judicial, o que poderá acarretar na sua correção; (iii) a decisão judicial deve observar o sentido que foi atribuído à lei/Constituição pelo precedente judicial; (iv) assim, é lógico e razoável que o administrador público vincule-se, no exercício da sua atividade administrativa, diretamente ao sentido conferido à lei/Constituição pelo precedente judicial. Tendo a corte de vértice conferido determinado sentido ao enunciado legal/constitucional, cuja observância é obrigatória aos demais órgãos do Poder Judiciário, não seria lógico nem razoável que o administrador público tivesse a possibilidade de atribuir-lhe sentido diverso, mesmo sabendo que, sujeito à sindicabilidade judicial, o ato administrativo pudesse ser posteriormente corrigido para guardar respeito ao precedente judicial vinculante.” CAMBI, Eduardo; ARANÃO, Adriano. *Vinculação da administração pública aos precedentes judiciais*. Revista de processo, v. 43, n. 279, p. 359–377, maio, 2018, p. 371-372.

³⁹³ Guilherme Costa Leroy bem resume a questão, nos seguintes termos: “Não são apenas os magistrados que deverão alterar a forma de lidar com as decisões judiciais. A mudança proposta pelo fortalecimento da técnica dos precedentes afeta toda a sociedade, esteja o indivíduo como parte ou não no processo. No mesmo sentido, também os advogados, defensores, membros do Ministério Público e até a Administração Pública estão expressamente vinculados às teses contidas nos precedentes, para que se consiga garantir a sua ampla e concreta aplicação em busca de igualdade e integridade das decisões judiciais.” LEROY, Guilherme Costa. *A dimensão objetiva do direito fundamental à saúde a possibilidade de uma tutela diferenciada nas demandas individuais*. Belo Horizonte, 2016. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016, f. 100.

9 LINHAS MESTRAS PARA A CORRETA INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DA TÉCNICA PROCESSUAL EM FAVOR DA CONSTRUÇÃO DE UM PRECEDENTE JUDICIAL ADEQUADO À TUTELA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

O atual paradigma do direito confere à jurisdição o papel de prestar tutela jurisdicional ao ordenamento jurídico, mediante regime de cooperação com a legislação quanto à interpretação dos textos normativos, integrando, portanto, o rol das fontes primárias do direito. Para que tal função seja bem desempenhada, faz-se necessário compreender e operar corretamente as técnicas processuais que estruturam e possibilitam a prestação desse tipo especializado de tutela jurisdicional, sob pena de, ao revés, ocorrer verdadeiro desvirtuamento dessa atividade³⁹⁴. O desempenho da função jurisdicional, no modelo do justo processo, não pode ser arbitrário na aplicação das técnicas processuais, nem mesmo solipsista na prestação da tutela jurisdicional, de modo que tanto o procedimento quanto o provimento têm de ser legitimados pela observância e pela atuação de garantias substanciais em favor de todos os sujeitos processuais.

No sistema normativo de precedentes judiciais brasileiro, o exercício da atividade jurisdicional somente é legitimado se prestar estrita reverência a garantias mínimas, imprescindíveis para que a técnica e a tutela possam render resultados consentâneos aos valores substanciais erigidos pela sociedade brasileira. A relevância que se outorga, por um lado, à função de atribuir sentido aos textos normativos não autoriza, por outro lado, que o exercício da função jurisdicional seja arbitrário, realizando interpretação desconforme com a carga axiológica vigente em sociedade ou mesmo desconsiderando as nuances fáticas e jurídicas essenciais para a completa apreensão da significância da questão jurídica ou ainda permitindo a ocorrência de decisionismos e subjetivismos.

Para que sejam evitadas essas práticas, devem ser observadas e respeitadas premissas fundamentais ao sistema normativo de precedentes judicial, de ordem *hermeneuticamente essenciais* e de ordem *estruturalmente substanciais*. As primeiras, relativas à construção do provimento jurisdicional por meio do qual serão explicitadas razões jurídicas relevantes,

³⁹⁴ A observação é realizada por Bruno Silveira de Oliveira, nos seguintes termos: “Mas, afinal, quais os objetivos a atingir? Essa é uma pergunta que não pode, em hipótese alguma, ser levianamente considerada. Senão por outras razões, então apenas por estas: pouco adianta saber que algo é um instrumento se não conhecermos sua finalidade, tampouco ajudará sabermos que algo é um instrumento se, mesmo conhecendo sua finalidade, não soubermos utilizá-lo com a destreza necessária para a obtenção do resultado almejado.” OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Os princípios constitucionais, a instrumentalidade do processo e a técnica processual*. Revista de processo online, v. 32, n. 146, p. 321–331, abril, 2007, p. 01.

aceitáveis, controláveis, universalizáveis e justas, idoneamente capazes de conformar o ordenamento jurídico. As segundas, referentes à condução do procedimento jurisdicional através do qual será prestada a especializada forma de tutela jurisdicional tendo como destinatária a ordem jurídica em si.

Nesse sentido, o sistema normativo de precedentes judiciais deve respeitar as seguintes premissas hermenêuticamente essenciais, sem as quais o provimento jurisdicional emitido poderá não ser capaz de satisfazer, dentro dos parâmetros de segurança jurídica e de efetividade processual, as necessidades apresentadas pela ordem jurídica.

A tutela jurisdicional do ordenamento jurídico, mediante a construção de precedentes judiciais, deve estar comprometida com a promoção dos valores reinantes no contexto jurídico-cultural brasileiro, expressamente consagrados na Constituição Federal. Desse modo, o sentido outorgado ao direito não pode configurar anomalia axiológico-normativa perante o sistema jurídico e nem mesmo promover qualquer tipo de rompimento ou de quebra com os ditames constitucionais, que, em verdade, lhe servem de fundamento de validade e de ponto de partida. Logo, as razões jurídicas explicitadas pelo precedente judicial, as quais irão enriquecer o ordenamento jurídico atribuindo o sentido adequado ao direito, devem embrenhar-se na comunhão de valores existentes na cultura jurídica brasileira, o que desautoriza a prática de decisionismos partidários ou de subjetivismos por parte do intérprete³⁹⁵.

³⁹⁵ Colhe-se, no particular, a advertência formulada por Gustavo Zagrebelsky, no sentido de que “A compreensão de significado e valor pode pertencer à esfera exclusivamente subjetiva, por exemplo, na criação artística, onde o artista é plenamente habilitado, aliás, é chamado por sua arte, a não permanecer na rotina dos cânones estéticos recebidos, na compreensão do sentido e do valor do objeto de sua criação artística. É chamado, antes, a sujeitá-la a provocações, se não quiser ser tido como sem personalidade e criatividade. No entanto, um comportamento semelhante não pode pertencer ao mundo do direito que partindo do subjetivismo interpretativo seria puramente e simplesmente destruído. A liberdade de compreensão de significado e valor não é compatível com a ordem jurídica das sociedades. O comportamento deve necessariamente apoiar-se sobre visões objetivas comuns dos fatos sociais. Na sua ausência, se determinaria apenas a contraposição de orientações, todas igualmente subjetivas, e o caos se firmaria no direito que, de lugar de composição das controvérsias, se tornaria um terreno de cultivo de conflitos.” ZAGREBELSKY, Gustavo. *La legge e la sua giustizia: tre capitoli di giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2017, p. 199 — tradução livre.

No original: “La comprensione di significato e valore può appartenere alla sfera esclusivamente soggettiva, per esempio, nella creazione artistica, dove l’artista è pienamente abilitato, anzi è chiamato dalla sua arte, a non riposarsi sulla routine dei canoni estetici ricevuti, nella comprensione del senso e del valore dell’oggetto della sua creazione artistica. È chiamato, anzi, a sottoporla a provocazioni, se non vuol passare per privo di personalità e creatività. Tuttavia un simile atteggiamento non può appartenere al mondo del diritto che dal soggettivismo interpretativo sarebbe puramente e semplicemente distrutto. La libertà di comprensione di senso e valore non è compatibile con l’ordine giuridico delle società. Esso deve necessariamente appoggiarsi su visioni obiettive comuni dei fatti sociali. In assenza, si determinerebbe solo la contrapposizione di orientamenti, tutti ugualmente soggettivi, e il caos prenderebbe piede nel diritto che, da luogo di composizione delle controversie, diverrebbe terreno di coltura di conflitti.”

O precedente judicial, para além de se comprometer com a efetivação dos valores essenciais da cultura jurídica brasileira, insere-se numa espiral hermenêutica composta por dois movimentos interpretativos: *i. é criado* por meio da interpretação adequada que se faz sobre o direito³⁹⁶, a partir da qual se atribui significado aos textos normativos mediante a apresentação de razões jurídicas capazes de explorar as virtuosidades da textura aberta da linguagem jurídica, bem como idôneas ao resguardo dos núcleos mínimos de significado, tudo realizado a fim de prestar tutela ao ordenamento jurídico, tornando-o seguro e efetivo; *ii. somente pode ser aplicado* a partir da interpretação que também se faz das razões contidas em seu texto, de tal modo que o precedente judicial não comporta qualquer tipo de fechamento da argumentação quanto ao significado do direito³⁹⁷, que continuará, mesmo em graus um pouco mais reduzidos,

³⁹⁶ Nesse sentido, Daniel Mitidiero afirma que, “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-produto*”) 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*.” MITIDIERO, Daniel Francisco. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 74-75.

³⁹⁷ Michele Taruffo aponta que, “Uma primeira razão deriva do fato de que a *ratio decidendi* de regra não é por si só evidente e deve, em vez disso, ser identificada ou reconstruída através de uma operação — que pode ser muito complexa — de interpretação da decisão de que se trata. Isso constitui uma das razões pelas quais a referência a um precedente em uma decisão subsequente não pode ser assimilada à aplicação imediata e mecânica de uma regra aos fatos do segundo caso. Ao contrário, trata-se, até mesmo, de colocar em confronto duas reconstruções factuais e jurídicas para verificar se à segunda delas, ou seja, no caso seguinte, é possível aplicar as mesmas razões e valorações formuladas na decisão sobre o caso anterior.” TARUFFO, Michele. *Note sparse sul precedente giudiziale*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 72, n. 1, p. 111–129, mar., 2018, p. 117 — tradução livre.

No original: “Una prima ragione deriva dal fatto che la *ratio decidendi* di regola non è di per sè evidente, e deve invece essere individuata, o ricostruita, attraverso un’operazione - che può essere assai complessa - di interpretazione della decisione di cui si tratta. Ciò costituisce una delle ragioni per cui il riferimento ad un precedente in una decisione successiva non può essere assimilato all’applicazione immediata e meccanica di una regola ai fatti del secondo caso. Si tratta invece, piuttosto, di mettere a confronto due ricostruzioni fattuali e giuridiche per vedere se alla seconda di esse, ossia nel caso successivo, si possano applicare le stesse ragioni e valutazioni formulate nella decisione sul caso anteriore.”

indeterminado e, pois, carente da interpretação³⁹⁸, já que derrocado, de longa data, o brocardo *in claris cessat interpretatio*³⁹⁹.

Sob o prisma interpretativo, deve ser observado, além disso, que situações de natureza fática ou jurídica não contempladas ou não imaginadas quando da edição do precedente judicial podem ensejar, em virtude da dinâmica e da mobilidade semânticas do direito, a superação do consenso estabelecido quanto ao significado do texto normativo ou, mesmo, podem autorizar a não aplicação das razões jurídicas nele contidas⁴⁰⁰. Justamente por isso, a aplicação do precedente judicial aos casos sucessivos deve se valer de técnicas interpretativa-argumentativas que viabilizem: *i.* a sua *superação*, ou seja, técnicas que permitam que a *ratio decidendi* seja revogada pelo próprio órgão jurisdicional que a editou⁴⁰¹, a fim de ultrapassar o significado

³⁹⁸ Segundo George Abboud e Marcos de Araújo Cavalcanti, “Os provimentos postos no art. 927 do CPC/2015 ao serem aplicados pelas demais instâncias nos casos subsequentes não dispensam atividade interpretativa por parte do julgador, bem como o contraditório para assegurar a manifestação dos litigantes acerca da forma correta para sua aplicação no caso concreto. Portanto, a leitura correta (constitucionalmente adequada) é no sentido de que, quando o CPC/2015 afirma a obrigatoriedade de juízes e tribunais observarem a súmula vinculante e acórdão vinculante, não há nesse ponto uma proibição de interpretar. O que fica explícito é a obrigatoriedade de os juízes e tribunais utilizarem os provimentos vinculantes na motivação de suas decisões para assegurar não apenas a estabilidade, mas a integridade e a coerência da jurisprudência.” ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo Código de processo civil a partir do paradigma do pós-positivismo*. Revista de processo, v. 40, n. 245, p. 351–378, jul., 2015, p. 377.

³⁹⁹ O significado da expressão é ofertado por Carlos Maximiliano, que ao seu conteúdo também se opõe: “*Disposições claras não comportam interpretação* — verdade axiomática, dominante absoluta dos pretórios há meio século; afirmativa sem nenhum valor científico, ante as idéias triunfantes na atualidade.” Para o autor, “A palavra é um mau veículo do pensamento; por isso, embora de aparência translúcida a forma, não revela todo o conteúdo da lei, resta sempre margem para conceitos e dúvidas; a própria letra nem sempre indica se deve ser entendida à risca, ou aplicada extensivamente; enfim, até mesmo a clareza exterior ilude; sob um só invólucro verbal se escondem várias idéias, valores mais amplos e profundos do que os resultantes da simples apreciação literal do texto. Não há fórmula que abranja as inúmeras relações eternamente variáveis da vida; cabe ao hermeneuta precisamente adaptar o texto rígido aos factos, que dia a dia surgem e se desenvolvem sob aspectos imprevistos. Nítida ou obscura a norma, o que lhe empresta elastério, alcance, ductibilidade, é a interpretação. Há o desdobrar da fórmula no espaço e no tempo: multiplicando as relações no presente, sofrendo, no futuro, as transformações lentas, imperceptíveis, porém, contínuas, da evolução.” MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1933, p. 46 e p. 49, respectivamente.

⁴⁰⁰ Michele Taruffo afirma, nesse sentido, que “Pode acontecer, de fato, que a mesma corte se encontre na condição de dever mudar a orientação, desviando-se, assim, de seus próprios precedentes, em várias situações, desde a obsolescência do precedente decorrente das mudanças nas condições históricas, econômicas ou sociais que influenciam sobre a decisão do caso subsequente, até a eventualidade de se apresentarem casos com peculiaridades tão acentuadas que não podem ser reconduzidos dentro do precedente.” TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007, p. 29 — tradução livre. No original: “Può accadere, infatti, che la stessa corte si trovi nella condizione di dover mutare orientamento, così deviando dai propri precedenti, in varie situazioni, che vanno dall’obsolescenza del precedente al mutare di condizioni storiche, economiche o sociali che influiscono sulla decisione del caso successivo, sino all’eventualità che si presentino casi con peculiarità così accentuate da non poter essere ricondotti entro il precedente.”

⁴⁰¹ De acordo com Hermes Zaneti Jr., uma das premissas que sobressaem no modelo de precedentes previsto no Código de Processo Civil é a “[...] superação (*overruling*). Os precedentes não são imutáveis, podem, portanto, ser modificados, alterados, superados pelo tribunal que os estabeleceu ou por tribunal superior (art. 489, §1º, VI; art. 927, §§2º e 4º). O tribunal ou juiz que não possui hierarquia para superar o precedente deverá aplicá-

anteriormente outorgado ao direito⁴⁰², o qual, ao invés de prestar tutela ao ordenamento jurídico, acaba se tornando, no futuro, verdadeiro promotor de desgaste à unidade e à racionalidade do sistema jurídico; *ii.* a sua *distinção*, ou seja, técnicas que viabilizem o confronto das categorias fáticas generalizáveis contidas no precedente com o contexto fático estritamente particularizado do caso concreto, a fim de investigar se o sentido dado ao direito por meio da edição da *ratio decidendi* se aplica à situação posta sob julgamento e, caso contrário, evitar a ocorrência de dissonâncias sistêmicas no ordenamento jurídico — provocadas pela injusta e incorreta aplicação do precedente à situações absolutamente distintas —, autorizando o afastamento do precedente judicial em virtude da diferença entre o caso anterior e o caso sucessivo⁴⁰³.

Ainda sob a perspectiva hermenêutica, o precedente judicial, para bem prestar a tutela jurisdicional prometida ao ordenamento jurídico, deve primar pela *objetivação* na construção dos textos judiciais, a fim de que as razões por meio dele explicitadas alcancem os ideais de relevância, de aceitabilidade, de controlabilidade, de universalidade e de justiça. Tais objetivos, os quais se buscam alcançar quando da constituição da *ratio decidendi*, somente podem ser obtidos quando as subjetividades do caso concreto são substituídas por categorias generalizáveis, suficientemente capazes de atrair outros tantos casos concretos à força gravitacional exercida pelas razões jurídicas contidas no precedente⁴⁰⁴.

lo com a ressalva de seu entendimento pessoal, possibilitando a parte que recorra da decisão (v.g. art. 941, §3º).” ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 355.

⁴⁰² Ravi Peixoto assim se manifesta quanto à técnica da superação: “A principal delas, para os fins deste trabalho, é o *overruling*, denominação atribuída à técnica de superação de um entendimento anterior sobre o mesmo objeto agora em julgamento; técnica que é essencial para qualquer sistema de precedentes, permitindo que o sistema possa evoluir. Ao contrário do que possa parecer, a superação dos precedentes, desde que utilizada com os devidos cuidados, promove o *stare decisis*, em vez de enfraquecê-lo, ao demonstrar que a existência de precedentes obrigatórios não significa impossibilidade de evolução do direito.” PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 197.

⁴⁰³ Ressaltando a importância da interpretação na fase de aplicação do precedente judicial aos casos posteriores, Délio Mota de Oliveira Júnior assim se manifesta: “O precedente judicial é um texto a ser interpretado pelo juiz do caso concreto posterior. O aplicador do direito, além de interpretar o precedente judicial para identificar a sua *ratio decidendi*, deve analisá-lo para verificar se as circunstâncias fáticas entre a decisão paradigma e caso concreto são semelhantes a ponto de justificar a aplicação da tese jurídica formada no precedente judicial. [...] A diferenciação dos elementos fáticos do precedente e do caso concreto ocorre mediante a técnica do *distinguishing*. Trata-se da técnica de confronto e diferenciação entre os fatos relevantes de dois casos, de modo a garantir que cada processo receba a solução adequada, sem que a tese jurídica do precedente judicial seja aplicada de forma automática e em dissintonia com as circunstâncias fáticas.” OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. *Influência de técnicas do common law na teoria brasileira dos precedentes judiciais*. Revista de processo, v. 42, n. 270, p. 313–351, ago., 2017, p. 335.

⁴⁰⁴ Guilherme Bacelar Patrício de Assis sustenta, no particular, que “[...] a objetivação ou abstrativização consubstancia a transmutação normativa de precedente, na medida em que, por meio desse fenômeno, exorbita-se aos interesses subjetivos do autor da ação — que, em regra, busca a satisfação de interesse próprio — atribuindo-se caráter objetivo a uma demanda originariamente subjetiva. A tese fixada amplia o seu campo de atuação para além do caso. O *thema decidendum* passa a tratar da defesa do *ius in thesi*. A objetivação, assim, torna toda a edição de precedentes judiciais ato típico da jurisdição constitucional no exercício do múnus de

A objetivação ou a abstração do texto judicial tem a função precípua de permitir que a tese jurídica não fique circunscrita à resolução apenas das particularidades do caso concreto — o qual se apresenta limitado tanto em perspectiva subjetiva, quanto em dimensões fáctico-jurídica —, mas, ao revés, tenha capacidade para expandir a interpretação e o sentido sobre o direito a outras classes de fatos que, em decorrência da similaridade com o caso precedente, reclamam resultados iguais⁴⁰⁵. A objetivação da tutela jurisdicional prestada mediante precedente judicial se dirige, assim, à atribuição de significado aos textos normativos, que deverão ser expressos por meio de enunciações de ordem geral, desvinculadas das particularidades específicas do caso concreto e orientada a influenciar, de modo uniforme, as decisões dos casos futuros⁴⁰⁶.

O precedente não é feito para solucionar apenas o caso concreto e, por isso mesmo, a sua construção se destina, primeiramente, à resolução dos casos futuros. Assim, a tese jurídica nele contida deve ser formulada sem considerações marginais ou particularistas e, além disso,

defesa do *ius in thesi* constitucionalmente qualificado. Os precedentes, através do fenômeno da sua abstrativização, assumem simultaneamente, caráter normativo e declaratório de normas supremas.” ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. *Precedentes vinculantes em recursos extraordinários e especial repetitivos*. Belo Horizonte, 2016. 296 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016, f. 143.

⁴⁰⁵ Luiz Guilherme Marinoni afirma que, “Além de contribuir para a racionalidade jurídica, a universalidade favorece a isonomia e inibe a parcialidade. Ao decidir, a Corte sabe que não poderá tratar os casos similares de modo diferente. Por isso é obrigada a proferir uma decisão que, considerando os fatos e fundamentos jurídicos relevantes, tenha validade para todos os casos posteriores que se enquadrem na mesma moldura. Significa que não poderá decidir o caso sob julgamento a não ser a partir de critérios que tenham validade para todos os casos. Assim, ficará impedida de decidir de modo parcial, isto é, considerando particularidades que não são relevantes para uma decisão universal e imparcial.” MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 109.

⁴⁰⁶ De acordo com Michele Taruffo, “A segunda hipótese interpretativa é no sentido de entender a exata observância da lei como individuação da interpretação correta das normas jurídicas consideradas em si mesmas. Deste ponto de vista, a função da Cassação é de intérprete da lei, mais do que só de controladora da interpretação/aplicação de outras pessoas; essa função se desenvolve na ocasião do exame de decisões sobre casos concretos, mas visa definir o ‘significado próprio’ da norma, mais do que verificar se essa foi aplicada corretamente num único caso. No ato de interpretar, a Corte deveria observar também (ou talvez principalmente) os usos futuros da norma; de qualquer forma, deveria ter como objetivo a evidenciação do ‘significado geral’ da norma, mais do que a verificação do uso que foi feito dela num único caso.” TARUFFO, Michele. *Il vertice ambiguo: saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991, p. 65-66 — tradução livre. No original: “La seconda ipotesi interpretativa è nel senso di intendere l’esatta osservanza della legge come individuazione dell’interpretazione corretta delle norme giuridiche in sé considerate. Da questo punto di vista la funzione della Cassazione è d’interprete della legge, più e oltre che di controllore delle altrui interpretazione/applicazioni; questa funzione 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. Nell’interpretare, la Corte dovrebbe guardare anche (o forse principalmente) agli impieghi futuri della norma; in ogni caso, dovrebbe aver di mira l’individuazione del ‘significato generale’ di essa, più che la verifica dell’uso che ne è stato fatto nel singolo caso.”

tem de ser expressada por meio de texto claro e redigido com o maior rigor gramatical possível da linguagem, sob pena comprometer a função de determinação semântica do direito⁴⁰⁷.

Nesse sentido, a explicitação das razões jurídicas do precedente judicial pressupõe a objetivação, de modo que o recurso aviado pela parte e o caso concreto nele subjacente somente servem de mero pretexto para a prestação da tutela jurisdicional que tem como destinatário o ordenamento jurídico em si mesmo considerado e não o alegado direito subjetivo da parte recorrente⁴⁰⁸. O expediente recursal ou de competência originária manejado perante o Tribunal passa a ter, sob essa perspectiva, a função de ser o meio apto para que a tese jurídica seja decidida de forma clara e indubitosa, atribuindo sentido ao direito e enriquecendo semanticamente a ordem jurídica, a qual passa a entremear⁴⁰⁹.

No atual paradigma interpretativo, o direito se reveste de grau insuperável de indeterminação⁴¹⁰, somente possível de ser gradativa e parcialmente suplantada pela atuação cooperativa da jurisdição em relação à obra positivada pelo legislador. Assim sendo, o propósito

⁴⁰⁷ De acordo com Humberto Theodoro Júnior, “Se os julgados se destinam a formular, na medida do possível *precedentes*, a prevalecer para casos futuros iguais, é preciso que as exigências em questão sejam bem acatadas e fielmente cumpridas. É necessário, por exemplo, que os acórdãos sejam estruturados com clareza e precisão de linguagem e com rigor lógico na formulação da *tese* assentada com a potencialidade de precedente para outros processos em que também haverá de prevalecer.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de processo civil — demandas repetitivas*. Revista de processo, v. 41, n. 255, p. 359–372, maio, 2016, p. 370.

⁴⁰⁸ Abordando a distinção entre Cortes de Justiça e Cortes de Precedentes, Daniel Mitidiero assim se manifesta: “Quanto a corte está preordenada para tutela dos direitos mediante decisão justa, a *interpretação normativa é meio* para obtenção do *fim decisão de mérito justa e efetiva do caso*. Do contrário, quando está direcionada para tutela do direito mediante precedentes, o *caso concreto é apenas um meio* — um verdadeiro ‘pretexto’ — para *formulação da adequada interpretação dos dispositivos nele envolvidos*.” MITIDIERO, Daniel Francisco. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 77.

Luiz Guilherme Marinoni, no mesmo sentido, afirma que, “Embora a Corte deva atribuir sentido ao direito, o exercício da sua função é estimulado pelo recurso do litigante, que deseja ver o caso resolvido em seu favor. Contudo, quando o recurso abre a oportunidade para a Corte atuar, a solução do caso concreto é um pretexto para a Corte se desincumbir da sua real missão.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 20.

⁴⁰⁹ Para Daniel Mitidiero, “Como a Corte Suprema tem por função dar unidade ao Direito mediante sua adequada interpretação, respondendo o recurso mais ao *jus constitutionis* que o *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, não estando sua atuação teleologicamente 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*.” MITIDIERO, Daniel Francisco. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 83.

⁴¹⁰ Segundo Hermes Zaneti Jr. e Carlos Frederico Bastos Pereira, “Todo e qualquer texto normativo possui um nível de indeterminação irredutível ao zero, por serem expressos em linguagem e pela textura aberta que possuem, sendo impossível se atribuir um significado que perdure em uma sociedade complexa cujos hábitos, costumes e práticas mudam no tempo e no espaço.” ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de processo civil de 2015?* Revista de processo, v. 41, n. 257, p. 371–388, jul., 2016, p. 379–380.

de objetivação das teses jurídicas — que sempre deverá ser auferida em graus ideais e, pois, nunca absolutos — não permite o reconhecimento de que a *ratio decidendi* seja capaz de exaurir semanticamente os textos normativos. O precedente judicial não tem, portanto, a capacidade de esgotar os sentidos possíveis do direito⁴¹¹, nem, muito menos, de engessá-lo⁴¹².

A objetivação dos textos judiciais, consubstanciados mediante precedentes judiciais, não possui, além disso, a aspiração de eliminar o aspecto fático na construção das teses jurídicas, que dele é completamente dependente⁴¹³. Quando da construção do precedente judicial, não se observam as particularidades minuciosas do caso concreto, mas, tão somente, aquele agrupamento fático que partilha características ou propriedades comuns, o que possibilita que determinados fatos sejam agrupados sob um mesmo conceito ou concepção genérica. Por isso, precedentes judiciais tendem a ser assimilados em esquemas genéricos e compreendidos dentro de certas categorias fáticas minimamente abrangentes. Nada obstante, o aspecto fático do caso levado ao Tribunal é imprescindível para a construção, para a compreensão e a posterior aplicação do precedente judicial, sob pena de tornar o instituto impossível⁴¹⁴.

⁴¹¹ De acordo com Noel Struchiner, “[...] a textura aberta se encontra presente tanto na comunicação por exemplos, que no direito equivale à comunicação por meio dos precedentes judiciais, quanto na comunicação verbal, que equivale à comunicação por meio de regras legais escritas. Tanto as regras derivadas por meio da observação dos casos precedentes quanto as regras positivadas podem se mostrar insuficientes com o surgimento de casos anômalos que possuem algumas semelhanças e, ao mesmo tempo, algumas diferenças em relação aos casos típicos classificados pelas regras.” O autor também ressalta que, “Portanto, por mais que possamos tentar construir uma definição ou modelo de pensamento capaz de antecipar todos os usos dos conceitos empíricos, essa tarefa é impossível já que sempre podem surgir casos novos que requeiram uma reformulação da definição. É por isso que Waismann diz: ‘(...) nós nunca podemos ter certeza de que nós incluímos na nossa definição tudo aquilo que deveria ter sido incluído, e portanto o processo de definição e refinamento de uma idéia vai continuar sem nunca atingir um estágio final’ (Waismann, 1978: 123).” STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem: Uma análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 140 e p. 18-19, respectivamente.

⁴¹² Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni afirma que “[...] o sistema de precedentes oportuniza o desenvolvimento do direito de um modo bastante positivo e sofisticado. Não há qualquer relação de paralelismo entre definir o sentido do direito e obstaculizar o seu desenvolvimento; ao contrário, o poder de atribuir sentido ao direito traz em si o de desenvolvê-lo. O precedente não é sinal de ‘engessamento’ do direito, mas de estabilidade. A Corte, em verdade, tem dever de revogar o precedente que foi superado diante da evolução da sociedade, de uma nova concepção geral do direito, ou, ainda, que se mostra claramente equivocado — o que é excepcional.” MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 105.

⁴¹³ Daniel Mitidiero, ao explorar o significado do instituto, afirma que o precedente judicial “É um *conceito material*, porque depende de um *caso devidamente delineado, particularizado e analisado em seus aspectos fático-jurídicos* — os precedentes operam sobre fatos que delimitam o contexto fático-jurídico a partir do qual surgiram. Em outras palavras, *os precedentes são umbilicalmente dependentes da unidade fático-jurídica do caso*. É por essa razão que normalmente se refere que os precedentes não operam sem referência a fatos.” MITIDIERO, Daniel Francisco. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 91.

⁴¹⁴ De acordo com Luca Passanante, caso desconsiderado o aspecto fático do caso concreto, o precedente judicial poderá se tornar um instituto jurídico impossível de ser aplicado na prática judiciária. Colhe-se, nesse sentido,

A construção do provimento jurisdicional deve, portanto, buscar *soluções harmonizadoras*, que não pequem nem pelo excesso da abstração, nem pelo demasiado casuísmo⁴¹⁵ — ambas situações, acaso ocorrentes, incapazes de reconduzir as razões jurídicas à solução de casos futuros similares.

O sistema normativo de precedentes judiciais, para além das características hermeneuticamente essenciais, também deve atuar a partir de premissas estruturalmente

as escorreatas observações realizadas pelo autor: “Embora — deve-se dizer a partir de agora — seja possível identificar, sobre um plano prescristivo, nos diferentes modelos de precedente, um ponto significativo de convergência, constituído do fato ou, se se deseja, do componente factual do juízo: este último, como se verá, constitui o principal veículo para a interpretação e aplicação dos precedentes nos ordenamentos de common law e, na opinião de quem escreve, o mesmo deveria acontecer em nosso ordenamento, bem como — mais amplamente (em geral) — nos ordenamentos de civil law. Embora essas instâncias sejam frequentemente representadas na doutrina, elas, contudo, são negadas pela jurisprudência, a qual na realidade tende — mediante uma prática que contradiz a teoria — a operar de outra maneira, arriscando assim tornar o precedente, de fato, impossível.” Ainda segundo o autor: “O perigo concreto que o escritor parece capaz de reconhecer é que, o sentido desse complexo e articulado processo, que culmina na redução da sentença à *massima* e na equiparação — ao preço de uma não inócua metonímia — ao precedente, este último perca a sua identidade até se tornar realmente impossível. O precedente, de fato, assim operante, corre o risco de não veicular mais nenhum ensinamento e de perder a sua vocação ‘didática’, tendendo até mesmo a se impor como um comando geral e abstrato, exigindo não compreensão, mas obediência e propiciando, em certa medida, o conformismo judiciário, um fenômeno que empobrece ao invés de enriquecer — apesar dos números — o ordenamento jurídico.” PASSANANTE, Luca. *Il precedente impossibile*: Contributo allo studio di diritto giurisprudenziale nel processo civile. Torino: G. Giappichelli Editore, 2018, p. 191 e p. 345, respectivamente — tradução livre. No original: “Cionondimeno — va detto fin da ora — è possibile individuare, su un piano prescristivo, nei diversi modelli di precedente, un punto significativo di convergenza, costituito dal fatto o, se si vuole, dalla componente fattuale del giudizio: quest’ultima, come si vedrà, costituisce il veicolo principale per la interpretazione e l’applicazione dei precedenti negli ordinamenti di common law, e, ad avviso di chi scrive, altrettanto dovrebbe accadere nel nostro ordinamento nonchè — più in generale — negli ordinamenti di civil law. Pur trovandosi queste istanze sovente rappresentate in dottrina, esse, tuttavia, sono smentite dalla giurisprudenza, la quale in realtà tende — mediante una prassi che contraddice la teoria — ad operare in altro modo, così rischiando di rendere il precedente, appunto, impossibile.”

“Il pericolo concreto, che a chi scrive pare si possa ravvisare è che, a valle di questo complesso e articolato processo, che culmina nella riduzione della sentenza a *massima* e nella equiparazione — al prezzo di una non innocua metonimica — al precedente, quest’ultimo smarrisca la sua identità fino a divenire, appunto, impossibile. Il precedente, infatti, così operante, rischia di non veicolare più nessun insegnamento e di perdere la sua vocazione ‘didática’, tendendo piuttosto ad imporsi come un comando generale ed astratto, esigendo non comprensione, ma obediência e propiziando, in certa misura, il conformismo giudiziario, un fenomeno che impoverisce, anzichè arricchire — a dispetto dei numeri — l’ordinamento giuridico.”

⁴¹⁵ Conforme observa Gustavo Zagrebelsky, “Pode-se dizer, em geral, que o caso não pode ser compreendido juridicamente senão em referência à norma e esta em referência a ele, pois não existe apenas o caso que deve ser orientado à norma, mas também a norma que deve ser orientada ao caso. A ignorância de um desses elementos da interpretação levaria a dois defeitos opostos. A consideração exclusiva dos casos daria lugar a uma pura e simples ‘casuística’, incompatível com a existência do direito como ordenamento; a consideração exclusiva do ordenamento levaria a uma ciência teórica, inútil em relação ao objetivo do direito. Excesso de concretude em um caso; excesso de abstração no outro.” ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*: legge, diritti, giustizia. Nuova edizione. Torino: Einaudi Contemporanea, 2018, p. 181 — tradução livre.

No original: “Si può dire, in generale, che il caso non può comprendersi giuridicamente se non in riferimento alla norma e questa in riferimento a quello, poichè non c’è solo il caso che deve orientarsi alla norma, ma anche la norma che deve orientarsi al caso. L’ignoranza di uno di questi elementi dell’interpretazione porterebbe a due difetti opposti. La considerazione esclusiva dei casi darebbe luogo a una pura e semplice ‘casistica’, incompatibile con l’esistenza del diritto come ordinamento; la considerazione esclusiva dell’ordinamento condurrebbe a una scienza teoretica, inutile rispetto allo scopo del diritto. Excesso di concretezza in un caso; eccesso di astrattezza nell’altro.”

substanciais, voltadas à correta aplicação das diversas técnicas processuais instituídas pelo legislador brasileiro com o objetivo de se constituir, de forma concentrada, precedentes judiciais e, pois, prestar tutela ao ordenamento jurídico.

Importante assinalar, desde logo, que a exposição ora realizada não tem a finalidade de explorar as diversas minúcias dos vários procedimentos criados pela legislação processual quanto à formação de precedentes judiciais. O objetivo, ao contrário, é identificar pontos de convergência essenciais para a melhor interpretação e aplicação dessas diversificadas técnicas processuais. Trata-se, portanto, de selecionar aquelas diretrizes estruturais basilares, sem as quais a técnica processual seria incapaz de cumprir a finalidade única: viabilizar a prestação de uma tutela jurisdicional adequada para resolução das crises que afetam os direitos à efetividade processual e à racionalidade do ordenamento jurídico. Isso porque, o legislador federal já esquadrinhou e elaborou a técnica processual para a resolução do problema, de modo que, atualmente, o trabalho dos pesquisadores processuais se envereda no campo da correta interpretação e da esmerada aplicação da tecnologia processual que foi dada à comunidade jurídica.

Nesse sentido, quando da aplicação de quaisquer das técnicas processuais criadas pelo legislador a fim de se prestar tutela ao ordenamento jurídico, deve-se priorizar e estimular, o máximo quanto possível, a atuação do princípio do contraditório, o qual deverá, nesses ambientes específicos, ser ampliado, para que se permita a oitiva e a manifestação de *todos* aqueles potenciais interessados e diretamente afetados na construção da tese jurídica, mesmo que essa manifestação se opere de forma representativa. A função exercida pela maximização e pela ampliação subjetiva do contraditório se deve ao reconhecimento de que a outorga de sentido aos textos normativos não se trata de um trabalho possível de ser realizado individualmente, mas, antes, decorre da colaboração de todos aqueles que integram a comunidade jurídica, adscrevendo sentidos culturais e juridicamente adequados ao direito⁴¹⁶.

⁴¹⁶ De acordo com Francesco Viola e Giuseppe Zaccaria, “A dialogicidade deve mover-se em busca de uma medida intersubjetiva comum de racionalidade, que tenha em consideração as diferenças e as situações particulares. A racionalidade não é mais, de fato, a prerrogativa de um único sujeito — apenas o legislador, apenas o juiz —, mas configura um trabalho articulado, que precisa da colaboração de uma pluralidade de sujeitos e que justamente por ver reconhecidas as suas boas razões, não pode mais se referir a uma única, exclusiva razão, capaz de dar conta de tudo.” Além disso, segundo os autores, “Para a filosofia hermenêutica, o discurso serve não apenas para comunicar as intenções dos participantes, mas, sobretudo, para tecer uma forma de vida comum. [...] A determinação do significado será, ao contrário, o resultado da interação comunicativa e dos atos participativos. De fato — como vimos — o direito, enquanto a ‘coisa’ de que fala o texto jurídico, é marcado por indeterminação.” VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. 9. ed. Roma: Laterza, 2016, p. 194 e p. 452, respectivamente — tradução livre.

Desse modo, faz-se imperativo que nesses procedimentos seja permitida e incentivada, de acordo com as particularidades dos casos discutidos perante os Tribunais, a participação dos *amici curiae* e a realização de audiências públicas, com a maior participação possível dos representantes interessados da sociedade⁴¹⁷. Essas providências têm o condão de introduzir e de ampliar o debate e a argumentação na construção do significado dos textos normativos⁴¹⁸. Tais medidas — que tendem a estruturar apropriadamente os procedimentos destinados à formação concentrada dos precedentes —, não devem somente se restringir à resolução das questões repetitivas, mas, ao contrário, devem se espalhar para todas aquelas outras técnicas processuais projetadas para a prestação de tutela jurisdicional ao ordenamento jurídico.

A atuação plena do contraditório nesses ambientes obriga, portanto, que os julgadores responsáveis pela condução dos procedimentos de formação concentrada de precedentes judiciais, antes de submeterem a questão ao respectivo órgão colegiado, ouçam, em audiência pública, as partes e os demais interessados, inclusive indivíduos, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, bem como autorizem a juntada de documentos e a realização das diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida.

Diante da obrigatoriedade de efetivação do contraditório, na dimensão substancial ou dinâmica, nenhuma decisão judicial — nem mesmo aquela que se constitui precedente judicial — pode ser proferida sem que os fundamentos tenham sido averiguados, de forma prévia, pelas

No original: “La dialogicità deve muoversi alla ricerca di una comune misura intersoggettiva di razionalità, che tenga conto delle differenze e delle situazioni particolari. La razionalità non è più, infatti, appannaggio di un singolo soggetto individuale — il solo legislatore, il solo giudice — ma configura un lavoro articolato, che ha bisogno della collaborazione di una pluralità di soggetti, e che giustamente, per vedere riconosciute le proprie buone ragioni, non può più riferirsi ad un’unica, esclusiva ragione, capace di dar conto di tutto.”

“Per la filosofia ermeneutica il discorso non serve soltanto a comunicare le intenzioni dei partecipanti, ma soprattutto a tessere una forma di vita comune. [...] La determinatezza del significato sarà, invece, il risultato dell’interazione comunicativa e degli atti partecipativi. Infatti — come abbiamo visto — il diritto, in quanto la ‘cosa’ di cui il testo legale parla, è segnato dall’indeterminatezza.”

⁴¹⁷ Segundo Délio Mota de Oliveira Júnior, “[...] o modelo constitucional do devido processo legal impõe que a formação do precedente judicial deve ocorrer mediante a possibilidade de participação de todos os interessados e a necessidade do esgotamento discursivo de todas as questões jurídicas relevantes para a fixação da tese jurídica;” OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. *Distinção e superação dos precedentes judiciais no processo civil brasileiro*: garantia aos direitos fundamentais do contraditório e da fundamentação. Belo Horizonte, 2016. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016, f. 173.

⁴¹⁸ Luiz Guilherme Marinoni, nesse sentido, faz a seguinte observação: “É indispensável lembrar que uma Corte com essa função, ao contrário das Cortes de revisão e de cassação, trata de uma situação jurídica que interessa à sociedade, isto é, da questão de direito que, uma vez definida por precedente, vai iluminar a vida social e servir de bússola para os demais juízes e tribunais resolverem os casos concretos. Significa dizer que, mais do que as partes envolvidas no litígio, toda a sociedade tem interesse em controlar o exercício do poder das Cortes Supremas. Mais claramente, têm concreto interesse todos aqueles que podem ser potencialmente atingidos pela solução instituída no precedente. Resultado disso é a técnica que abre oportunidade para a intervenção de *amicus curiae* no STF e no STJ.” MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes*: justificativa do novo CPC. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 100.

partes⁴¹⁹. O exercício pleno do contraditório, especialmente no âmbito da formação concentrada dos precedentes judiciais, permite que os fundamentos utilizados para sustentar o provimento jurisdicional sejam previamente submetidos ao escrutínio das partes, que terão a oportunidade de se manifestarem sobre as questões de direito relevantes para a decisão do mérito e, nessa exata medida, influenciarem o órgão julgador, colaborando com a construção do precedente judicial e, pois, com a constituição do sentido mais adequado ao direito⁴²⁰.

A prévia oportunidade de manifestação dos interessados, bem como a efetiva consideração dos argumentos, tem o potencial de impedir que a tese jurídica se apresente de forma descolada da realidade e da prática judiciária, sendo conduzida, portanto, a termos culturalmente adequados quanto à compreensão semântica dos textos normativos. Em outras palavras, a maximização do contraditório nesses ambientes processuais tem a função de, por um lado, obstar que a outorga de sentido ao direito seja realizada de forma solipsista e ditatorial e, por outro lado, se torne uma construção semântica plural e democrática, com a consideração de todas as nuances sociais, políticas, culturais e jurídica, que somente poderão ser narradas pelos atores e viventes daquele recorte da realidade⁴²¹.

A garantia constitucional do contraditório possui, como fonte de resguardo, o dever de fundamentação das decisões judiciais. A comprovação de que o contraditório — na dimensão que assegura o direito à influência — foi efetivamente observado só se mostra possível por

⁴¹⁹ Segundo Érico Andrade, o contraditório dinâmico e efetivo deve traduzir, portanto, “[...] a participação real das partes, com possibilidade de influenciar na decisão da causa, e por isso não se pode mais admitir as decisões ‘surpresa’ ou que emanem exclusivamente da via judicial, sem participação das partes, ainda que o tema suscitado de ofício seja exclusivamente de direito, de modo a tornar o art. 10 do CPC/2015 efetivo, com a vinculação cada vez maior do juiz aos princípios da cooperação e da lealdade processual, que permeiam a compreensão da proibição da prolação da decisão de terceira via.” ANDRADE, Érico. *A atuação judicial e o contraditório*: o art. 10 do CPC/2015 e as consequências da sua violação. Revista de Processo *online*, v. 43, n. 283, p. 55–106, set., 2018.

⁴²⁰ Conforme explica Victor Barbosa Dutra, “[...] na vigência do Estado de Direito Democrático, a nova conformação do contraditório pressupõe, em termos teóricos, a revalorização da atuação das partes no iter processual, reconhecendo a sua importância e imprescindibilidade para a adequada solução de controvérsias (ainda que unicamente de direito) e, em termos práticos, o estabelecimento de estruturas que garantam uma efetiva participação do jurisdicionado nos diversos *locus* de produção de normas” DUTRA, Victor Barbosa. *Precedentes vinculantes*: contraditório efetivo e técnicas repetitivas. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 59

⁴²¹ Nesse sentido, Marcelo Franco afirma que, “Dessa maneira, a eticidade na atuação processual das partes, em um ambiente de diálogo leal e cooperação processual, resultam no próprio aperfeiçoamento da técnica decisória. Isso é possível na medida em que o juiz se coloca na posição de sujeito do contraditório. Tanto a condução do processo como a formulação das razões de decidir são o resultado de uma efetiva interlocução processual, em face da instituição de deveres judiciais de cooperação — tais como o de esclarecimento e consulta (em que o juiz não pode decidir uma questão de fato ou de direito, mesmo aquelas de conhecimento de ofício, sem a oportunidade de prévia manifestação das partes) e o de auxílio (em que cabe ao juiz auxiliar a parte no suprimento de eventuais defeitos formais supríveis na condução do processo).” FRANCO, Marcelo Veiga. *Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e conotação ética do processo justo*: breve reflexão sobre o art. 489, §1.º, IV, do novo CPC. Revista de processo *online*, v. 40, n. 247, p. 105–136, set., 2015.

meio da análise dos fundamentos empregados pelo órgão jurisdicional. Somente através da fundamentação é possível perceber se os argumentos suscitados pelos sujeitos processuais quanto à construção da tese jurídica realmente foram levados em consideração e puderam contribuir para a construção da decisão judicial. Justamente por isso, o ordenamento jurídico brasileiro contempla regra explícita no sentido de que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade⁴²².

Desse modo, a decisão judicial colegiada que irá prestar tutela mediante precedente judicial, deverá expor, de forma racional e analítica, as razões jurídicas que sejam relevantes, aceitáveis, controláveis, universalizáveis e justas, alcançando graus mais profundos e seguros quanto à certeza do direito, sem que seja obstada, contudo, a continuidade do fluxo hermenêutico. Em outras palavras implica reconhecer que somente por meio de fundamentação exhaustiva é que se faz possível demonstrar, justificadamente, os motivos pelos quais aquela atribuição específica de sentido ao texto normativo se mostrou, dentre as diversas variáveis semânticas, a mais apropriada à tutela jurisdicional da ordem jurídica⁴²³, com a concretização da segurança jurídica e da efetividade processual.

A fundamentação das decisões judiciais, para além de justificar a solução apresentada ao caso concreto, quando empregada no sistema de precedentes judiciais, avança no sentido de realizar um discurso socialmente difuso⁴²⁴, suficientemente capaz de racionalizar e de legitimar

⁴²² A Constituição da República assim dispõe: “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;” BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2019 [1988]. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/norma/579494/publicacao/16434817>>. Acesso em: 30 nov. 2019.

No mesmo sentido, o Código de Processo Civil: “Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.” BRASIL. *Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 30 nov. 2019.

⁴²³ Para Daniel Mitidiero, “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 *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 equívoco*.” MITIDIERO, Daniel Francisco. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 84-85.

⁴²⁴ Daniel Mitidiero afirma, no particular, que “A decisão judicial abre espaço, de outro lado, para promoção da *unidade do direito* a partir do trabalho desenvolvido pelos juízes e tribunais. Para que a unidade do direito seja promovida e para que o sistema jurídico se mantenha e desenvolva-se com observância da *segurança jurídica*,

a prestação da tutela jurisdicional em benefício do sistema jurídico, promovendo a sua unidade⁴²⁵. Justamente por isso, a fundamentação das decisões judiciais se apresenta como uma premissa estruturante substancial⁴²⁶, na medida em que deve estar presente, de forma incondicional, em quaisquer das técnicas processuais estabelecidas pelo legislador, assumindo, perante o sistema normativo de precedentes judiciais, a função de explicitar as razões jurídicas capazes de prestar tutela à ordem jurídica.

A par do contraditório maximizado e da fundamentação analítica e racional, também se mostra estruturalmente essencial que as decisões judiciais produzidas nos ambientes procedimentais de formação concentrada de precedentes sejam amplamente publicadas e divulgadas, inclusive e preferencialmente na rede mundial de computadores. A publicização dos precedentes judiciais decorre da intuitiva necessidade de se propagar e de se difundir quais são os sentidos atribuídos aos inúmeros textos normativos que compõem a ordem jurídica. Dessa forma, permite-se que os cidadãos orientem suas condutas e tomem decisões, bem como

da *igualdade* e da *coerência*, é essencial que a doutrina organize um discurso jurídico a partir da decisão judicial capaz de assegurar a correta identificação e aplicação dos precedentes judiciais. A decisão judicial dá lugar à construção de uma *linguagem específica* visando à obtenção da unidade do direito. O seu endereço é *institucional* e direcionado à *sociedade em geral*. Tem vocação necessariamente *erga omnes*.” MITIDIERO, Daniel Francisco. *Fundamentação e precedente — dois discursos a partir da decisão judicial*. Revista de processo, v. 37, n. 206, p. 61–78, abr., 2012, p. 69.

⁴²⁵ Para Hermes Zaneti Jr., “Por essas razões, o controle da função de enriquecer a oferta jurídica de normas e do discurso dos precedentes exige a fundamentação analítica adequada (art. 489, §1º, V e VI, CPC/2015) como modo de garantir legitimidade e racionalidade do exercício do Poder Judiciário em um ordenamento jurídico democrático e, portanto, não arbitrário.” ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 362.

No mesmo sentido, Délio Mota de Oliveira Júnior, explica que, “[...] em observância ao modelo constitucional de devido processo legal (processo justo), o provimento jurisdicional somente se legitimará quando realizado com fundamentação que analise, de forma ampla, os argumentos e as provas favoráveis e contrários ao convencimento do magistrado;” OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. *Distinção e superação dos precedentes judiciais no processo civil brasileiro: garantia aos direitos fundamentais do contraditório e da fundamentação*. Belo Horizonte, 2016. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016, f. 168-169.

⁴²⁶ De acordo com Renata Christiana Vieira Maia, Fernando Gonzaga Jayme, Marcos Vinicius Lipiensi, “A legitimação da atuação do Poder Judiciário advém da fundamentação das decisões judiciais. Uma fundamentação adequada e congruente, que considera os argumentos das partes e as provas produzidas, é o que assegura o exercício do poder jurisdicional de forma democrática. Trata-se de garantia contra o arbítrio e abuso de poder praticado pelo julgador que com fundamentos estranhos ao Direito decide a causa. A fundamentação das decisões cumpre uma dupla finalidade, a primeira é endoprocessual, solucionando o conflito de interesses por meio de uma decisão de caráter imperativo. A outra é permitir à sociedade o controle da atuação judicial para aferir se atuou dentro dos parâmetros do devido processo legal.” MAIA, Renata Christiana Vieira; JAYME, Fernando Gonzaga; LIPIENSKI, Marcos Vinicius. A resiliência jurisprudencial na observância do dever de fundamentação das decisões. In: JAYME, Fernando; MENDES, Aloisio; NUNES, Dierle (Coord.). *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 412.

que os órgãos do Poder Judiciário decidam à luz de um direito que se apresente cognoscível e confiável⁴²⁷.

A publicidade das decisões judiciais se trata, em verdade, de um *dever* expressamente atribuído pela legislação aos Tribunais⁴²⁸ e, além disso, de uma característica essencial da regra do *stare decisis*, sem a qual o sistema normativo de precedentes judiciais ruiria, tendo em vista que não seria possível à sociedade civil e aos próprios órgãos judiciários *conhecer* as razões jurídicas que, adquirindo força vinculante, passaram a compor e a entremear a ordem jurídica⁴²⁹.

Constata-se, portanto, ao longo dessas considerações, que o exercício da jurisdição no âmbito da formação de precedentes judiciais não prescinde de premissas essenciais. Estas deverão conformar os procedimentos utilizados e os provimentos confeccionados, no intuito de permitir que a prestação da tutela jurisdicional satisfaça, com eficiência, às necessidades apresentadas pelo ordenamento jurídico, resolvendo parcelas importantes da crise quanto à incerteza do direito e quanto à inefetividade do sistema de justiça.

Somente dessa forma — ou seja, com respeito às premissas de ordem de hermenêuticamente essenciais e estruturalmente substanciais —, a tutela jurisdicional prestada mediante precedente judicial poderá ser legitimada e será capaz de produzir bons resultados ao ordenamento jurídico brasileiro.

⁴²⁷ Daniel Mitidiero, ao analisar o tema sob a perspectiva do direito inglês, esclarece que os *repertórios* — “*law reports*” — são essenciais para imprimir maior certeza aos precedentes judiciais. Justamente por isso, “Com a sua constituição, o direito inglês procurou resolver os problemas de *acessibilidade, cognoscibilidade e confiabilidade* dos precedentes, na medida em que não é possível exigir fidelidade ao precedente ‘*without a reliable and accurate system of law reporting*’. Vale dizer: não é possível exigir fidelidade ao precedente *se o direito não é cognoscível e confiável*.” MITIDIERO, Daniel Francisco. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.p. 39.

⁴²⁸ O Código de Processo Civil assim determina, expressamente: “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: [...] §5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.”

⁴²⁹ Hermes Zaneti Jr. sustenta que “A presença de um modelo de *stare decisis* exige dois fatores: a) sistema institucionalizado, ou seja, organização de juízes e tribunais em forma hierarquizada; b) existência de sistema de divulgação e publicação com autoridade e oficialidade das decisões, de forma a garantir o conteúdo das decisões para consulta e vinculação no julgamento dos casos-futuros. Assim, será possível afirmar que o *stare decisis* será sempre uma regra em evolução, na exata proporção do desenvolvimento das estruturas institucionais e dos instrumentos de garantia de divulgação, publicidade e acesso das decisões. A prática judicial do *stare decisis* conduz aos precedentes judiciais, o que significa que as decisões dos tribunais adquirem um valor normativo de precedentes para os casos-futuros em que sejam identificadas as mesmas circunstâncias de fato e de direito.” ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 312.

TERCEIRA PARTE:

Os resultados da pesquisa e os aspectos conclusivos

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As necessidades de tutela reportadas pelo ordenamento jurídico, em si mesmo considerado, não poderiam permanecer desatendidas. A fim satisfazê-las, foram elaboradas técnicas processuais adequadas à prestação de uma tutela jurisdicional especializada. A instituição do precedente judicial é, portanto, o adimplemento da comunidade jurídica em relação aos imperativos do justo processo, no sentido de se desenvolverem técnicas processuais idôneas à atuação do direito material e de se prestar tutela jurisdicional especializada às particularidades do direito ao qual se pretende proteger.

A justificativa verdadeiramente legitimadora da implantação, em graus tão profundos, de um sistema normativo de precedentes judiciais na cultura jurídica brasileira está centrada, portanto, na necessidade de prestação de tutela jurisdicional adequada e diferenciada. Tutela essa, obtida por meio de técnicas processuais necessariamente hábeis e úteis, em favor da concretização dos direitos à segurança jurídica e à efetividade processual — considerados em perspectiva plural, objetiva e socialmente difundida —, e, portanto, em favor do próprio ordenamento jurídico, objetivamente considerado.

O precedente judicial é a fórmula desenvolvida pela comunidade jurídica brasileira para a prestação de tutela jurisdicional em favor da ordem jurídica — mesmo que inspirada em outra tradição e modelada a partir da experiência praticada em outros ordenamentos, o que em nada desmerece a sua resignificação perante a cultura jurídica brasileira. O respectivo sistema de formação concentrada de precedentes é a técnica processual criada para possibilitar, em nível de íntima formalidade-valorativa, a proteção prometida aos direitos e almejada pelo sistema jurídico.

Conforme desenvolvido, a explicitação, por meio de decisões jurisdicionais qualificadas pelo debate pluralizado e pela fundamentação racional e analítica, de razões jurídicas relevantes, aceitáveis, controláveis, universalizáveis e justas não poderia ser ministrada por meio dos procedimentos que já existiam e nem mesmo pela prática judiciária não coercível de respeito às decisões judiciais passadas. Fez-se, pois, necessária não só a reformulação de algumas técnicas processuais, como também a criação de outras tantas, tudo desenvolvido em favor da prestação de tutela aos direitos.

Algumas ideias, esboçadas ao longo do presente relatório de pesquisa, podem, agora, ser retomadas com algum valor de síntese e em perspectiva correlacional, mas sem a pretensão de fundamentação exaustiva da temática:

- i.* A relação existente entre a cultura e o processo é reflexiva: por um lado, as técnicas e as finalidades do processo são influenciadas pela cultura e, por outro lado, o processo exerce influência sobre as formas e sobre os rumos a serem seguidos pela cultura, inclusive em perspectiva antropológica, tudo desempenhado no intuito de efetivar os valores e os objetivos ideologicamente eleitos pelo grupo social;
 - a.* sob esta ótica, implica reconhecer que o precedente judicial decorre, portanto, das opções valorativa, política e ideológica feitas pela sociedade brasileira, quando da edição da codificação processual, sendo importante aferir quais são os fatores culturais que justificaram a ação legislativa;
 - b.* justamente por isso, o precedente judicial deve se comprometer com a efetivação dos valores eleitos pelo Estado Democrático de Direito, bem como auxiliar no asseguramento do exercício dos direitos sociais e individuais, da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça, tidos como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias;
- ii.* A tradição jurídica, conquanto seja capaz realizar o agrupamento dos sistemas jurídicos nacionais a partir das diversas compreensões que se fazem sobre o sistema jurídico, não impede que as sociedades continuem a desenvolver o direito de acordo com as suas idiossincrasias, sem que isso a desloquem para outro grupo jurídico-tradicional;
 - a.* sob este prisma, importa assinalar que a expressa adoção e a profunda e detalhada institucionalização do precedente judicial pelo ordenamento jurídico brasileiro não tem o condão de afastá-lo ou de deslocá-lo da tradição jurídica de *civil law*, se tratando de mera particularidade do desenvolvimento do direito brasileiro, incapaz de romper com a matriz romano-canônica;

- iii.* Tomando em consideração a cultura jurídica brasileira e a tradição jurídica na qual o ordenamento jurídico pátrio se encontra inserido, podem ser pinçados três aspectos essenciais que autorizam a compreensão, que justificam a criação, que condicionam a interpretação e que instrumentalizam a aplicação de um sistema normativo de precedentes judiciais no sistema jurídico pátrio:
- a.* o modelo do justo processo, que institui o método adequado de se compreender e de se aplicar o processo jurisdicional;
 - b.* a crise da certeza do direito, que acaba por violar o direito à segurança jurídica;
 - c.* a crise do sistema de justiça, que acaba por violar o direito à efetividade processual;
- iv.* O valor constitucional da justiça impregna o processo, de tal forma que, na atualidade, somente se pode raciocinar o direito processual em função do modelo do justo processo, o qual representa a síntese principiológica das garantias processuais indispensáveis à tutela adequada e efetiva dos direitos e consagra o processo como direito humano fundamental;
- a.* a partir do modelo do justo processo extrai-se o mandamento, direcionado indistintamente à toda comunidade jurídica, de se desenvolver, tanto quanto possível, técnicas processuais idôneas à prestação de uma tutela jurisdicional especializada, necessariamente atrelada às necessidades reportadas pelo direito material, e, portanto, mais eficiente, produtora e justa. Logo:
 - i.* as técnicas processuais devem ser formuladas e desenvolvidas a fim de propiciar uma correta e adequada prestação da tutela jurisdicional — plano procedimental;
 - ii.* os provimentos jurisdicionais produzidos devem estar compromissados com a promoção da justiça, entendida esta como a observância do regramento constitucional e legal estatuído por uma dada sociedade, outorgando tutela adequada aos direitos — plano substancial;

- iii. o direito processual não pode ser indiferente e nem mesmo neutro frente às necessidades de tutela apresentadas pelos direitos — quaisquer direitos —, de tal modo que, tanto as formas de tutela, quanto as técnicas processuais, devem diversificar na mesma proporção das particularidades apresentadas pelo direito material;
 - b. sob esse foco, a instituição do precedente judicial decorre do adimplemento dos imperativos do justo processo pela comunidade jurídica, a partir da cultura jurídica brasileira, no sentido de desenvolver um conjunto de técnicas processuais — sistema normativo de precedentes judiciais — idôneas à proteção do ordenamento jurídico — precedente judicial;
- v. A segurança jurídica significa o conhecimento suficientemente capaz de superar as dúvidas essenciais quanto às prescrições normativas, estabelecedoras de direitos e de deveres, criando um estado de confiança e estabelecendo um espaço propício para o controle do processo de tomada de decisão, com o objetivo de permitir que o indivíduo seja plenamente capaz de exercer as suas liberdades e de se autodeterminar, sem que seja surpreendido, enganado, frustrado ou que sofra qualquer tipo de arbitrariedade;
 - a. a dimensão plural, objetiva e socialmente difundida do direito à segurança jurídica é afetada pela “crise” da certeza do direito, apresentando necessidades de tutela jurisdicional, assimiláveis pela atividade dos estudiosos do processo;
- vi. A efetividade processual significa a produção de resultados verdadeiros quanto aos direitos deduzidos pelas partes, por meio da tutela jurisdicional prestada no processo, o qual deverá produzir, em tempo hábil, modificações na realidade, concretizando, no mundo dos fatos, a existência dos direitos judicialmente reconhecidos;
 - a. a dimensão plural, objetiva e socialmente difundida do direito à efetividade processual é atacada pela crise do sistema de justiça, apresentando necessidades de tutela jurisdicional, assimiláveis pela atividade dos estudiosos do processo;
- vii. O ordenamento jurídico brasileiro convive, histórica e tradicionalmente, com a prática de respeito às decisões judiciais proferidas pelos órgãos que integram o sistema de justiça, de forma que o Código de Processo Civil vigente, atento a esse movimento

histórico-evolutivo, prescreveu diversas regras que fortaleceram o direito jurisprudencial, positivando um conjunto de regras referentes à confecção, à vigência, à aplicação e à institucionalização dos precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro;

- a. esse conjunto positivado e formalizado de regras permitiu a criação e a instituição de um genuíno sistema normativo de precedentes judiciais, por meio do qual se fortaleceu a prática do *stare decisis* no ordenamento jurídico brasileiro;
- b. todavia, sob a perspectiva de justificação teórica, não se revela juridicamente adequado justificar e legitimar, precipuamente, a implantação desse sistema normativo de precedentes judiciais apenas como estratégia de resolver uma parcela da crise jurídica brasileira ou mesmo como meio de propiciar a efetivação de princípios constitucionais e legais, atualmente sufocados por essa mesma realidade desordenada;
- c. ao revés, sob a perspectiva de justificação teórica, o precedente judicial, visualizado a partir da peculiar tradição jurídica brasileira e do modelo do justo processo, deve ser compreendido como o resultado da tutela jurisdicional, prestada pelos órgãos colegiados do Poder Judiciário, por meio de técnicas processuais suficientemente idôneas à proteção adequada do ordenamento jurídico;
- d. a justificativa verdadeiramente legitimadora da implantação, em graus tão profundos, de um sistema normativo de precedentes judiciais na cultura jurídica brasileira centra-se na necessidade de obtenção de tutela jurisdicional adequada e diferenciada, por meio de técnicas processuais necessariamente hábeis, em favor da concretização dos direitos à segurança jurídica e à efetividade processual e, portanto, em favor do próprio ordenamento jurídico, objetivamente considerado;
- e. o discurso sobre a instituição e a justificação do precedente judicial é transposto da mera técnica de uniformização de jurisprudência para a técnica de tutela

jurisdicional diferenciada, hermeneuticamente rica e bem mais valiosa ao ordenamento jurídico;

- viii.* A tutela jurisdicional do ordenamento jurídico opera mediante precedente judicial, ou seja, por meio da identificação e da explicitação dialética de razões jurídicas relevantes, aceitáveis, controláveis, universalizáveis e justas, as quais se aglutinam na expressão razão de decidir ou, em outros termos, na *ratio decidendi* extraída a partir da fundamentação contida no precedente judicial;
- ix.* Os resultados decorrentes da edição do precedente judicial — ou seja, da prestação de tutela jurisdicional mediante precedente judicial —, obtidos por meio da identificação da *ratio decidendi*, podem ser assim sintetizados:
- a.* o preenchimento da textura abertura da linguagem jurídica e a constituição de núcleos mínimos de significação, a partir dos quais remanescem a confiança depositada pelos cidadãos quanto ao conteúdo potencialmente extraível dos textos normativos;
 - b.* a tutoria do ordenamento jurídico mediante o exercício da função de nomofilaquia, cuidando do significado extraível dos textos normativos;
 - c.* a progressiva diminuição da incerteza do direito, com a escolha, racional e controlável, de alternativa interpretativa aceitável e justa;
 - d.* a colmatagem hermenêutica do ordenamento jurídico, tornando mais denso o conteúdo dos enunciados normativos e resolvendo as incongruências — lacunas normativas e antinomias jurídicas — do sistema;
 - e.* o enriquecimento hermenêutico do ordenamento jurídico, agregando à ordem jurídica parcelas de significados originariamente novas;
 - f.* a promoção da racionalidade e da unidade do ordenamento jurídico;
 - g.* a eficácia do processo jurisdicional e, por direta consequência, o próprio conjunto de direitos que compõe o ordenamento jurídico, permitindo a obtenção de resultados verdadeiros na tutela dos direitos;

- x. A jurisdição civil, conquanto ainda detenha a função de resolver, com justiça, as demandas concretamente apresentadas, passa, no atual paradigma do direito e quando da formação de precedentes judiciais, a realizar um discurso difuso, destinado à composição e à integração do próprio ordenamento jurídico, menos compromissado com as subjetividades do caso concreto e mais preocupado com a complexidade e com a unidade do ordenamento jurídico, razão pela qual, assume o lugar de fonte primária do direito;
- xi. Na construção e na aplicação do precedente judicial devem ser observadas e respeitadas premissas fundamentais, de ordem hermeneuticamente essenciais e de ordem estruturalmente substanciais;
 - a. as primeiras, relativas à construção do provimento jurisdicional por meio do qual serão explicitadas razões jurídicas relevantes, aceitáveis, controláveis, universalizáveis e justas, idoneamente capazes de conformar o ordenamento jurídico, sendo elas:
 - i. o compromisso com a promoção dos valores reinantes no contexto jurídico-cultural brasileiro, expressamente consagrados na Constituição Federal, de modo que o sentido outorgado ao direito não configure anomalia axiológico-normativa perante o sistema jurídico e nem mesmo promova qualquer tipo de rompimento ou de quebra com os ditames constitucionais;
 - ii. a inserção na espiral hermenêutica composta por dois movimentos interpretativos, seja quando da criação do precedente judicial — quando se realiza a interpretação adequada sobre o direito, atribuindo significado aos textos normativos mediante a apresentação de razões jurídicas capazes de explorar as virtuosidades da textura aberta da linguagem jurídica, bem como idôneas ao resguardo dos núcleos mínimos de significado —, seja quando da aplicação do precedente judicial — quando se realiza interpretação das razões contidas no texto judicial, impossibilitando, pois, qualquer tipo de fechamento da argumentação quanto ao significado do direito;

- iii. a adoção de técnicas interpretativa-argumentativas que viabilizem a sua superação, de modo que a *ratio decidendi* seja revogada pelo próprio órgão jurisdicional que a editou, ou mesmo que permitam a sua distinção, de forma que, a partir do confronto das categorias fáticas generalizáveis contidas no precedente com o contexto fático estritamente particularizado do caso concreto, possa ser averiguado se a *ratio decidendi* se aplica à situação posta sob julgamento;
 - iv. a objetivação na construção dos textos judiciais, substituindo as subjetividades e as particularidades do caso concreto por categorias fático-jurídicas generalizáveis, suficientemente capazes de atrair outros tantos casos concretos à força gravitacional exercida pelas razões jurídicas contidas no precedente, bem como idôneas ao alcance dos ideais de relevância, de aceitabilidade, de controlabilidade, de universalidade e de justiça;
 - v. a formulação da tese jurídica sem considerações marginais ou particularistas, sendo expressada necessariamente por meio de texto claro e redigido com o maior rigor gramatical possível da linguagem;
- b. as segundas, referentes à condução do procedimento jurisdicional através do qual será prestada a especializada forma de tutela jurisdicional, sendo elas:
- i. a priorização e o estímulo, o máximo quanto possível, da atuação do princípio do contraditório, o qual deverá ser ampliado e maximizado, para que se permita a oitiva e a manifestação de todos aqueles potenciais interessados e diretamente afetados na construção da tese jurídica, mesmo que essa manifestação se opere de forma representativa, seja por intermédio da realização de audiência pública, da juntada de documentos e da realização das diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida;
 - ii. o respeito e o cumprimento do dever de fundamentação das decisões judiciais, de modo que os Tribunais exponham, de forma racional e analítica, razões jurídicas relevantes, aceitáveis, controláveis,

universalizáveis e justas, alcançando graus mais profundos e seguros quanto à certeza do direito, e, ainda, demonstrando, justificadamente, os motivos pelos quais aquela atribuição específica de sentido ao texto normativo se mostrou, dentre as diversas variáveis semânticas, a mais apropriada à tutela jurisdicional da ordem jurídica;

- iii. a ampla publicidade e divulgação das decisões judiciais produzidas nos ambientes procedimentais de formação concentrada de precedentes, inclusive e preferencialmente na rede mundial de computadores, a fim de se propagar e de se difundir quais são os sentidos atribuídos aos inúmeros textos normativos que compõem a ordem jurídica, permitindo que os cidadãos orientem suas condutas e tomem decisões, bem como que os órgãos do Poder Judiciário decidam à luz de um direito que se apresente cognoscível e confiável.

A partir dessas considerações conclusivas, tem-se por atendido o *objetivo geral*⁴³⁰ da pesquisa e, ainda, *confirmada a hipótese* apresentada para a resolução do *problema*⁴³¹. Logo, pode-se afirmar que, considerando a teoria do justo processo, o precedente judicial deve ser compreendido, a partir da cultura jurídica brasileira, como o resultado da tutela jurisdicional prestada em favor do ordenamento jurídico, instrumentalizado por técnicas processuais idôneas, encontrando aí seu fundamento verdadeiramente legitimador.

⁴³⁰ “Propor, em nível de justificação teórica, a tecnicização processual do precedente judicial, de forma a promover uma tutela jurisdicional adequada ao ordenamento jurídico, justificando e integrando o precedente judicial à tradição jurídica brasileira.”

⁴³¹ “O precedente judicial, visualizado a partir da peculiar tradição jurídica brasileira e do modelo de processo justo, pode ser compreendido, numa perspectiva de justificação teórica, como técnica processual suficientemente idônea a propiciar uma tutela jurisdicional adequada ao ordenamento jurídico da contemporaneidade?”

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- ABBOUD, Georges; CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Interpretação e aplicação dos provimentos vinculantes do novo Código de processo civil a partir do paradigma do pós-positivismo*. *Revista de processo*, v. 40, n. 245, p. 351–378, jul., 2015.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. *Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores: Precedentes no direito brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- AMODIO, Ennio. *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*. Imprenta: Milano, A. Giuffrè, v. 46, n. 1/2, p. 93–107, genn./giugno, 2003.
- ANDOLINA, Italo; VIGNERA, Giuseppe. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.
- ANDRADE, Érico. *A atuação judicial e o contraditório: o art. 10 do CPC/2015 e as consequências da sua violação*. *Revista de Processo online*, v. 43, n. 283, p. 55–106, set., 2018.
- ANDRADE, Érico. *A técnica processual da tutela sumária no direito italiano*. *Revista de Processo online*, v. 35, n. 179, p. 175–215, jan., 2010.
- ANDRADE, Érico. *O mandado de segurança: a busca da verdadeira especialidade (proposta de releitura à luz da efetividade do processo)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ANSANELLI, Vincenzo; DONDI, Angelo. *Qualche (ulteriore) rilievo su cultura del processo, comparazione e riforme*. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano, A. Giuffrè, v. 63, n. 4, p. 1437–1446, dic., 2009.
- ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). DOTTI, Rogéria (Org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 217 (III) A. Paris, 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em: 25 jul. 2019.
- ASSIS, Guilherme Bacelar Patrício de. *Precedentes vinculantes em recursos extraordinários e especial repetitivos*. Belo Horizonte, 2016. 296 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.
- ÁVILA, Humberto. *Constituição, liberdade e interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRAGA, Ricardo de João; GUIMARÃES, André Sathler. *Legística: Inventário semântico e teste de estresse do conceito*. Revista de informação legislativa, v. 48, n. 191, p. 81-97, jul./set. 2011.

BRASIL. *Anexo ao decreto que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*. Brasília, 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 22 out. 2019.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Presidência da República. Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm>. Acesso em: 22 out. 2019.

BRASIL. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992*. Promulgação do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Brasília, 6 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. *Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998*. Presidência da República. Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp95.htm>. Acesso em: 22 out. 2019.

BRASIL. *Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Presidência da República. Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 22 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão Eletrônico Repercussão Geral nº RE 655265, Relator para acórdão: Min. Edson Fachin. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 13 de abril de 2016. *Dje*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340025181&ext=.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *A crise do Poder Judiciário e as reformas instrumentais: avanços e retrocessos*. Revista Síntese de direito civil e processual civil, v. 3, n. 15, p. 5–15, jan./fev., 2002.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. A força dos precedentes no moderno processo civil brasileiro. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Direito jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CAMBI, Eduardo; ARANÃO, Adriano. *Vinculação da administração pública aos precedentes judiciais*. Revista de processo, v. 43, n. 279, p. 359–377, maio, 2018.

CAPELLARI, Eduardo. *A crise do Poder Judiciário no contexto da modernidade: a necessidade de uma definição conceitual*. Revista de informação legislativa, v. 38, n. 152, p. 135–149, out./dez., 2001.

CAPONI, Remo. *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 65, n. 2, p. 389–406, giugno, 2011.

CARNELUTTI, Francesco. *Nuove riflessioni intorno alla certezza del diritto*. Rivista di diritto processuale. Padova, A. Milani, v. 5, n. 1, p. 115–123, 1950.

CAVANI, Renzo. “*Decisão justa*”: mero *slogan*? Por uma teorização da decisão judicial para o processo civil contemporâneo. Revista de processo, v. 39, n. 236, p. 119–158, out., 2014.

CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Trad. Sergio Cruz Arenhart, Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2019/Conselho Nacional de Justiça* — Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em 20 dez. 2019.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *As noções jurídico-processuais de eficácia, efetividade e eficiência*. Revista de Processo online, v. 30, n. 121, p. 275–300, mar., 2005.

COTTA, Sergio. *La certezza del diritto: una questione da chiarire*. Rivista di diritto civile. Imprenta: Padova, A. Milani, v. 39, n. 3, p. 317–326, pt. 1, mag./giu., 1993.

COUNCIL OF EUROPE. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Convencionada em Roma, em 4 nov. 1950. Strasbourg: Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, 2013. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 25 jul. 2019.

COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. Rio de Janeiro: Konfino, 19--

- CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais: teoria e dinâmica*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de processo civil brasileiro*. Revista de processo online, v. 39, n. 233, p. 65–84, jul., 2014.
- DALFINO, Domenico. *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 68, n. 3, p. 907–941, sett., 2014.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17. ed., Salvador: Juspodivm, 2015.
- DIDIER Jr., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. *O respeito aos precedentes como diretriz histórica do direito brasileiro*. Revista de Processo Comparado, v. 2, ano 1, p. 99-120, jul.-dez. 2015.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. I. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- DJUVARA, Mircea. *Il fine del diritto: la giustizia e i fatti: la giustizia il bene comune, la sicurezza giuridica*. Roma, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, anno XVII, fasc. VI, 1937.
- DUTRA, Victor Barbosa. *Precedentes vinculantes: contraditório efetivo e técnicas repetitivas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- FABREGAT, Claudio Esteva. El concepto de cultura. In: MARTORELL, Mercedes Fernández. *Sobre el concepto de cultura*. Barcelona: Editorial Mitre, 1984.
- FAVELA, José Ovalle. *Tradizioni giuridiche e processo civile: sentenza, precedente e giurisprudenza*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 59, n. 3, p. 867–888, sett., 2005.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Por um processo realmente efetivo: tutela processual de direitos humanos fundamentais e inflexões no “Due process of law”*. São Paulo: Ltr, 2016.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009.

FRANCO, Marcelo Veiga. *Administração pública como litigante habitual: a necessária mudança da cultura jurídica de tratamento dos conflitos*. Belo Horizonte, 2018. 541 f. Tese (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

FRANCO, Marcelo Veiga; VASCONCELOS, Antônio Gomes de. *Contribuição para a construção de uma teoria da jurisdição compatível com o Estado Democrático de Direito*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), v.8, n.1, p. 37-52, janeiro-abril, 2016.

FRANCO, Marcelo Veiga. *Dimensão dinâmica do contraditório, fundamentação decisória e conotação ética do processo justo: breve reflexão sobre o art. 489, §1.º, IV, do novo CPC*. Revista de processo online, v. 40, n. 247, p. 105–136, set., 2015.

FRANCO, Marcelo Veiga.; LEROY, Guilherme Costa. *O efeito desjudicializante dos precedentes judiciais no Código de processo civil de 2015*. Revista de processo, v. 42, n. 267, p. 171–194, maio, 2017.

FRANCO, Marcelo Veiga. *Processo justo: entre efetividade e legitimidade da jurisdição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. 5. ed. Malheiros: São Paulo, 2010.

GAUDREAU-DESBIENS, Jean-François. *A concorrência das tradições jurídicas: perspectivas e prospectivas a partir do caso do bijuridismo canadense*. Trad. Procópio Abreu. Curitiba: Juruá, 2011.

GODINHO, Robson Renault. *Técnica processual e tutela de direitos: anotações sobre a admissibilidade da tutela jurisdicional*. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Belo Horizonte: DelRey, 2012.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A crise do Poder Judiciário*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 34, p. 11–25, dez., 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do direito de ação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília, Gazeta Jurídica, 2016.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- GROSSI, Paolo. *Sulla odierna “incertezza” del diritto*. Giustizia civile: rivista mensile di giurisprudenza. Milano, Dott. a. Giuffrè, v. 64, n. 4, p. 921–955, apr., 2014.
- GUASTINI, Riccardo. *Ignorantia juris*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 71, n. 2, p. 399–413, giugno, 2017.
- HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1997.
- HERTEL, Daniel Roberto. *Técnica processual e tutela jurisdicional: a instrumentalidade substancial das formas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.
- INSOLERA, Gaetano. *Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio*. Rivista italiana di diritto e procedura penale. Imprenta: Milano, A. Giuffrè, v. 64, n. 4, p. 1999–2004, ott./dic., 2016.
- ITÁLIA. *Costituzione della Repubblica Italiana*. Roma: Senato, 2012 [1947]. Disponível em: <<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2019.
- JAYME, Fernando Gonzaga. *Necessitamos de um novo Código de Processo Civil? In: MACHADO, Felipe; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). Constituição e processo: uma análise hermenêutica da (re)construção dos códigos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- JAYME, Fernando Gonzaga. *Obstáculos à tutela jurisdicional efetiva*. Revista forense: doutrina, legislação e jurisprudência, v. 104, n. 399, p. 95–110, set./out., 2008.
- JOBIM, Marcos Félix. *As fases metodológicas do processo*. Revista jurídica: doutrina, legislação, jurisprudência, v. 61, n. 428, p. 71–103, jun., 2013.
- KREBS, Hélio Ricardo Diniz. *Sistemas de precedentes e direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- LACERDA, Galeno. *Processo e cultura*. Revista de direito processual civil, v. 2, n. 3, p. 74–86, jan./jun., 1961.
- LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico*. 11. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.
- LIPARI, Nicolò. *I civilisti e la certezza del diritto*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 69, n. 4, p. 1115–1143, dic., 2015.

LEROY, Guilherme Costa. *A dimensão objetiva do direito fundamental à saúde a possibilidade de uma tutela diferenciada nas demandas individuais*. Belo Horizonte, 2016. 137 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

LOPES, Mônica Sette. *A equidade e os poderes do juiz*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

LOPES, Mônica Sette. *Precedentes e tópicos: soluções como problemas*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9. Região, v. 32, n. 59, p. 255–273, jul./dez., 2007.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. Trad. Waldéa Barcellos; Rev. Marylene Pinto Michael. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACÊDO, Lucas Buril de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador: Juspodivm, 2016.

MACHADO, Marcelo Pacheco. *Incerteza e processo*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAIA, Renata Christiana Vieira. *A efetividade do processo de conhecimento mediante a aplicação do processo oral*. Belo Horizonte, 2015. 302 f. Tese (Doutorado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015.

MAIA, Renata Christiana Vieira; JAYME, Fernando Gonzaga; LIPIENSKI, Marcos Vinicius. A resiliência jurisprudencial na observância do dever de fundamentação das decisões. In: JAYME, Fernando; MENDES, Aloisio; NUNES, Dierle (Coord.). *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MALINOWSKI, Bronislaw. *Uma teoria científica da cultura*. Trad. José Auto. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*. Revista da Escola Nacional da Magistratura, v. 1. ano 1, n. 1, p. 68–81, abr., 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Da Corte que declara o “sentido exato da lei” para a Corte que institui precedentes*. Revista dos tribunais, v. 103, n. 950, p. 165–198, dez., 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Coord.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: Juspodivm, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Idéias para um “renovado direito processual”. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio. *Bases Científicas para um renovado Direito Processual*. v. 01. Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Processual, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme.; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v. 2. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MASCARO, Alysso Leandro. *Para uma teoria geral da segurança jurídica*. Revista brasileira de estudos constitucionais: RBEC, v. 9, n. 31, p. 791–810, jan./abr., 2015.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1933.

MENDES, Gilmar Ferreira. A proteção da dignidade da pessoa humana no contexto do processo judicial. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. 4. ed. Standfor: Standorf University Press, 2019.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional*. Revista de processo, v. 39, n. 229, p. 51–74, mar., 2014.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Direito Fundamental ao Processo Justo*. Revista Magister de direito civil e processual civil, v. 8, n. 45, p. 22–34, nov./dez., 2011.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Fundamentação e precedente — dois discursos a partir da decisão judicial*. Revista de processo, v. 37, n. 206, p. 61–78, abr., 2012.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Processo e cultura: Praxlismo, Processualismo e Formalismo em Direito Processual Civil*. Gênesis: revista de direito processual civil, v. 9, n. 33, p. 484–510, jul./set., 2004.

MOREIRA, Eduardo Riberio. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Efetividade do processo e técnica processual. In: ————. *Temas de direito processual civil: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. In: ————. *Temas de direito processual civil: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O neoprivatismo no processo civil. In: ————. *Temas de direito processual civil: nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MÜLLER, Friedrich. *Metodologia do direito constitucional*. Trad. Peter Naumann. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. Vários tradutores. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MÜLLER, Friedrich. *Unidade do ordenamento jurídico*. Boletim dos procuradores da República. Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR), v. 3, n. 30, p. 8–10, out., 2000.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

NÓBREGA, José Flóscolo da. *Introdução ao Direito*. 5. ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1969.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Os princípios constitucionais, a instrumentalidade do processo e a técnica processual*. Revista de processo online, v. 32, n. 146, p. 321–331, abril, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica*. Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência, v. 35, n. 109, p. 57–71, mar., 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. Aspectos da tradição do *common law* necessários para o desenvolvimento da teoria brasileira dos precedentes judiciais. In: JAYME, Fernando; MENDES, Aloisio; NUNES, Dierle (Coord.). *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. *Distinção e superação dos precedentes judiciais no processo civil brasileiro: garantia aos direitos fundamentais do contraditório e da fundamentação*. Belo Horizonte, 2016. 197 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota de. *Influência de técnicas do common law na teoria brasileira dos precedentes judiciais*. Revista de processo, v. 42, n. 270, p. 313–351, ago., 2017.

OSNA, Gustavo. *Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade: Análise Crítica da Teoria Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PASSANANTE, Luca. *Il precedente impossibile: Contributo allo studio di diritto giurisprudenziale nel processo civile*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2018.

PASTORE, Baldassare; VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Le ragioni del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2017.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2015.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 6. ed. Napoli: Jovene Editore, 2014.

PISANI, Andrea Proto. Relazione conclusiva. In: CIVININI, Maria Giuliana; VERARDI, Carlo Maria (Coord.). *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*. Milano: FrancoAngeli, 2001.

POSADA, Giovanni F. Priori. La constitucionalización del derecho procesal. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (Coord.). DOTTI, Rogéria (Org.). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

REICHELDT, Luis Alberto. *Sobre a fundamentalidade material do direito ao processo justo em perspectiva cível na realidade brasileira: reflexões sobre uma dinâmica de consolidação histórico-cultural*. Revista de Processo online, v. 43, n. 282, p. 67–89, ago., 2018.

RETES, Tiago Augusto Leite. *Convenções processuais sobre recursos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

ROQUE, Andre Vasconcelos; GAJARDONI, Fernando da Fonseca. A sentença arbitral deve seguir o precedente judicial do CPC/2015? In: SARLET, Ingo Wolfgang; JOBIM, Marcos Félix (Org.). *Precedentes judiciais: diálogos transnacionais*. Rio de Janeiro: Tirant lo Blanch, 2018.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: a racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SCARPARO, Eduardo Kochenborger. *Contribuição ao estudo das relações entre processo civil e cultura*. Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência, v. 34, n. 107, p. 111–121, set., 2007.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Atualização de Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil (processo de conhecimento)*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1996.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.

SOARES, Fabiana de Menezes. *Legística e desenvolvimento: a qualidade da lei no quadro da otimização de uma melhor legislação*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Belo Horizonte, nº 50, p. 124-142, jan./jul., 2007.

STRUCHINER, Noel. *Direito e Linguagem: Uma análise da Textura Aberta da Linguagem e sua Aplicação ao Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TARUFFO, Michele. Aspectos fundamentais do processo civil de *civil law* e de *common law*. In: ————. *Processo civil comparado: ensaios*. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TARUFFO, Michele. *Cultura e processo*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 63, n. 1, p. 63–92, mar., 2009.

TARUFFO, Michele. *Dimensioni transculturali della giustizia civile*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 54, n. 4, p. 1047–1084, dic., 2000.

TARUFFO, Michele. *Il vertice ambiguo: saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991.

TARUFFO, Michele. *Note sparse sul precedente giudiziale*. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 72, n. 1, p. 111–129, mar., 2018.

TARUFFO, Michele. *Precedente e giurisprudenza*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2007.

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. Salvador: Juspodvim, 2016.

TEMER, Sofia. *Precedentes judiciais e arbitragem: reflexões sobre a vinculação do árbitro e o cabimento de ação anulatória*. Revista de processo, v. 43, n. 278, p. 523–543, abr., 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A execução de sentença e a garantia do devido processo legal*. Rio de Janeiro: AIDE, 1987.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A força do precedente no direito processual civil brasileiro. Regime pós-CPC/2015*. Revista Magister de direito civil e processual civil, v. 14, n. 80, p. 5–28, set./out., 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais*. Revista de processo online, v. 30, n. 125, p. 61–78, jul., 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum*. vol. I. 59. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Estrutura e função no campo do direito processual — visão estática e visão dinâmica do fenômeno jurídico. In: ————.; LAUAR, Maira Terra (Coord.). *Tutelas diferenciadas como meio de incrementar a efetividade da prestação jurisdicional*. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Fungibilidade entre medida cautelar e medida antecipatória. In: CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lammêgo (Coord.). *Direito processual (inovações perspectivas): estudos em homenagem ao ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira*. São Paulo: Saraiva, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de processo civil — demandas repetitivas*. Revista de processo, v. 41, n. 255, p. 359–372, maio, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lições de Direito Processual Civil*. Uberaba: Rio Grande, 1975.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Novos rumos do direito processual civil: efetividade da jurisdição e classificação das ações — ação executiva lato sensu — tutela de urgência*. Revista dialética de direito processual, n. 26, p. 20–63, maio, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O compromisso do projeto de novo código de processo civil com o processo justo*. Revista Síntese de direito civil e processual civil, v. 12, n. 75, p. 9–43, jan./fev., 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O processo civil brasileiro: no limiar do novo século*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Princípios gerais do direito processual civil*. Revista Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, v. 11, ano VI, p. 21/40, jan./dez. 1980.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Constitucional*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Tratado de direito constitucional*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo justo e contraditório dinâmico*. Revista Magister de direito civil e processual civil, v. 6, n. 33, p. 5–18, nov./dez., 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela diferenciada: opção do credor entre a ação executiva e ação ordinária de cobrança*. Revista dialética de direito processual: RDDP, n. 4, p. 80–92, jul., 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Tutela jurisdicional de urgência*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Visão principiológica e sistemática do Código de Processo Civil de 2015*. Revista de processo online, v. 285, p. 65-88, nov. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto.; NUNES, Dierle José Coelho; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. *Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro — Análise da convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória*. Revista de processo, v. 35, n. 189, p. 9–52, nov., 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto.; ANDRADE, Érico. *Impactos da Constituição Federal na evolução do processo civil*. In: BELMONTE, Alexandre Agra [et al]. *30 anos da CF e o direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TROCKER, Nicolò. *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'azione nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo. Parte prima.* Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 61, n. 1, p. 35–65, mar., 2007.

TROCKER, Nicolò. *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'azione nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo. Parte seconda.* Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 61, n. 2, p. 439–460, giugno, 2007.

TROCKER, Nicolò. *Il nuovo articolo 111 della costituzione e il “giusto processo” in materia civile: profili generali.* Rivista trimestrale di diritto e procedura civile. Milano, A. Giuffrè, v. 55, n. 2, p. 381–410, giugno, 2001.

TROCKER, Nicolò. Il valore costituzionale del “giusto processo”. In: CIVININI, Maria Giuliana; VERARDI, Carlo Maria (Coord.). *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile.* Milano: FrancoAngeli, 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantia do processo sem dilações indevidas.* Revista jurídica: doutrina, legislação, jurisprudência, v. 48, n. 277, p. 5–25, nov., 2000.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal.* Revista de processo, v. 17, n. 66, p. 72–78, abr./jun., 1992.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS. Câmara de Pós-Graduação da UFMG. *Regulamento do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG.* Aprovado em: 12 de setembro de 2013. Consolidado segundo alterações aprovadas em 2016. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/?page_id=3903>. Acesso em: 10 jan. 2020.

VALÉRIO, Paula Yoshino. *A especialização do mandado de segurança coletivo na tutela dos direitos coletivos no Brasil.* Belo Horizonte, 2012. 381 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

VARGAS, Cirilo Augusto. *A defesa técnica processual: estudo comparado entre o direito brasileiro e o norte-americano.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

VIANA, Antônio Aurélio de Souza; NUNES, Dierle José Coelho. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo.* Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile: due process of law e art. 24 Cost..* Milano: A. Giuffrè Editore, 1973.

VIOLA, Francesco; ZACCARIA, Giuseppe. *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto.* 9. ed. Roma: Laterza, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Anotações sobre a efetividade do processo.* Revista dos tribunais online, v. 92, n. 814, p. 63–70, ago., 2003.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem.* 2ª versão. Porto Alegre: Fabris, 1984.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*. Nuova edizione. Torino: Einaudi Contemporanea, 2018.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La legge e la sua giustizia: tre capitoli di giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino, 2017.

ZANETI JR., Hermes. *A teoria da separação de poderes e o Estado Democrático Constitucional*. *Revista brasileira de direito processual online*, v. 18, n. 70, p. 49–81, abr./jun., 2010.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ZANETI JR., Hermes. Precedentes normativos formalmente vinculantes. In: DIDIER JR., Fredier [et al.] (Coord.). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

ZANETI JR., Hermes. *Processo Constitucional: relações entre processo e constituição*. *Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência*, v. 31, n. 94, p. 105–132, jun., 2004.

ZANETI JR., Hermes; GOMES, Camila de Magalhães. *O processo coletivo e o formalismo-valorativo como nova fase metodológica do processo civil*. *Revista de direitos difusos, ADCOAS*, v. 11, n. 53, p. 13–32, mar., 2011.

ZANETI JR., Hermes.; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Por que o poder judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de processo civil de 2015?* *Revista de processo*, v. 41, n. 257, p. 371–388, jul., 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da tutela*. São Paulo: Saraiva, 1997.