

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
ESPECIALIZAÇÃO EM PROCESSO CIVIL

Rodrigo Chaves Barcellos Guaspari

TEORIA DA INTERPRETAÇÃO E FUNÇÃO JURISDICIONAL

Porto Alegre  
2016

Rodrigo Chaves Barcellos Guaspari

## INTERPRETAÇÃO E FUNÇÃO JURISDICIONAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como pré-requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Mitidiero.

Porto Alegre  
2016

## RESUMO

O presente trabalho discorre sobre diversas concepções acerca da interpretação das normas jurídica e sobre a função jurisdicional. Partindo-se de uma análise histórica, desde o surgimento do Estado Legislativo e as diferentes concepções de jurisdição, passando pela apresentação dos entendimentos dos autores positivistas do século XX, chegando-se às mais recentes teorias da interpretação consequentes das modernas concepções de norma jurídica e do caráter argumentativo do direito. Ademais, demonstra-se os reflexos desta evolução para a compreensão sobre as funções a serem exercidas pela jurisdição, i.e., tutelar direitos e dar unidade ao direito mediante o estabelecimento de precedentes vinculantes, apresentando-se, ainda, algumas das consequências disto para o processo civil, como necessidade do contraditório forte e dever de fundamentação analítica da sentença.

**Palavras-chave:** Interpretação. Norma Jurídica. Disposição. Função Jurisdicional. Jurisdição. Vagueza das Normas. Caráter Argumentativo do Direito. Segurança Jurídica. Contraditório. Precedentes. Jurisprudência. Fundamentação. Justificação.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	4
<b>I - INTERPRETAÇÃO CORRETA? REFLEXOS NA FUNÇÃO JURISDICIONAL</b> .....	6
A) Considerações Históricas .....	6
B) Jurisdição para Chiovenda e Carnellutti.....	9
C) A Jurisdição e a Jurisprudência, O Conteúdo do Contraditório e a Dimensão da Motivação. .....	10
<b>II - INTERPRETAÇÕES POSSÍVEIS? REFLEXOS NA FUNÇÃO JURISDICIONAL</b> .....	12
A) Do Texto à Norma.....	14
B) O problema da segurança jurídica sob a ótica da indeterminação e do caráter argumentativo do direito.....	20
C) A Jurisdição e o Precedente, o Conteúdo do Contraditório e a Dimensão da Fundamentação. ....	26
<b>CONCLUSÃO</b> .....	33
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	36

## INTRODUÇÃO

O problema da interpretação das normas jurídicas, em que pese se encontrar no plano da teoria do direito, gera profundas e graves consequências no plano prático, uma vez que a aplicação do direito não pode prescindir da prévia interpretação. A importância da interpretação tem caráter central para a própria concepção do direito, o que é evidenciado pela evolução da teoria do direito moderna, como ressalta Daniel Mitidiero:

O que resulta nesse percurso é o deslocamento da teoria da interpretação de uma *posição setorial* para *posição central* – a ponto de marcar a compreensão do direito a partir daí como uma *atividade* e como um *resultado interpretativo e argumentativo*. Em outras palavras, a teoria da interpretação adquire um *caráter pervasivo* que perpassa e envolve toda a teoria do direito.<sup>1</sup>

Impende saber se lei possui uma e somente uma interpretação “correta” e “justa” ou se possibilita diversas interpretações possíveis, dentre as quais o interprete deve escolher. Neste último caso, imperioso verificar quais deverão ser os critérios utilizados para realizar tal decisão.

Resultado destas compreensões será também a concepção de segurança jurídica, que desde o Estado Legislativo vem sendo ligada a “certeza” do direito, mas que a doutrina moderna vem aproximando mais do conceito de “determinabilidade” e “calculabilidade” da *aplicação* do direito.

Além disso, a depender das respostas que se apresentarem às questões relativas às concepções do direito e sua interpretação, diversa será também a resposta quanto a questão relativa à função exercida pela jurisdição. Por sua vez, o entendimento acerca da função jurisdicional terá reflexos profundos no processo civil, em diversas frentes, em especial no que diz respeito aos precedentes, ao contraditório e à fundamentação das decisões judiciais.

No presente trabalho, visa-se a responder à questão sobre qual deve ser a função da jurisdição à luz da teoria da interpretação jurídica. Para tanto, visa-se, na primeira parte, apresentar uma evolução histórica concernente às teorias da interpretação, bem como as concepções acerca da jurisdição, pautadas pelo cognitivismo interpretativo e logicismo aplicativo, demonstrando-se as respectivas consequências para o processo civil. Na segunda parte, objetiva-se tratar da concepção moderna de direito, o seu caráter argumentativo, reflexo da distinção entre texto e norma, bem como a consequências destas percepções para a ideia de

---

<sup>1</sup> MITIDIERO, DANIEL. Precedentes: da persuasão à vinculação. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016. p. 58.

segurança jurídica, ao final apresentando-se a concepção atual sobre a função da jurisdição e a suas consequências para o processo civil.

## I - INTERPRETAÇÃO CORRETA? REFLEXOS NA FUNÇÃO JURISDICIONAL

A concepção acerca da função jurisdicional como declaratória de normas preexistentes é a tônica até o fim do século XIX em ambas as tradições do direito ocidental, i.e. *civil law* e *common law*. Tais entendimentos espelham a concepção de que a norma é o objeto da interpretação, existindo apenas uma interpretação “correta”.

Mister se faz apresentar alguns dos fundamentos históricos e concepções sobre o direito que deram base a estes entendimentos. Em especial, na tradição do Estado Liberal Legislativo, a qual foi em grande parte herdada pelo direito brasileiro.<sup>2</sup>

### A) Considerações Históricas

No direito inglês havia a ideia de que os juízes eram oráculos do direito e suas decisões eram provas da existência do *common law*. Já no direito francês, em decorrência dos ideais revolucionários, entendia-se o juiz como ser inanimado cujo poder era na realidade inexistente. De qualquer sorte, entendia-se, tanto em numa quanto noutra tradição, que “a interpretação judicial era meramente declaratória de uma norma preexistente”, ou seja, na tradição inglesa o *common law* e naquela francesa a *loi écrite*, e que a aplicação de tal norma “resolvia-se em um juízo meramente lógico-dedutiva. Tais suposições levaram às ideias tanto da segurança pelo juiz quanto da segurança pelo legislador.<sup>3</sup>

No direito francês, buscou-se a segurança jurídica através da supremacia da lei. Houve a vedação da interpretação pelos juízes. Verifica-se que havia um “projeto cultural” para superar o particularismo jurídico, eliminar a interpretação como atividade inerente ao poder do juiz e promover a segurança jurídica somente através do legislador. Segundo Daniel Mitidiero: “Trata-se de pretensão cujo pressuposto teórico se encontra na afirmação do caráter meramente técnico-cognitivista da interpretação do direito e que acarretou a tecnicização e despolitização da atividade dos juristas.”<sup>4</sup> Mitidiero aponta três grandes marcos na história da supremacia da lei: O Code Louis (1667), a Revolução Francesa (1789) e Código Napoleônico (1804), cujos

---

<sup>2</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Volume 1: Teoria do Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. 3. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

<sup>3</sup> MITIDIERO, DANIEL. Precedentes: da persuasão à vinculação. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016. p. 26.

<sup>4</sup> Ibidem, p. 44.

elementos comuns são o caráter cognitivista da interpretação da lei e sua aplicação mediante uma atividade lógico dedutiva, através de um silogismo jurídico.<sup>5</sup>

O autor traça uma evolução histórica que perpassa estes três marcos. Demonstra que anteriormente à promulgação da *Ordonnance Civile* em 1667, na França vigia, ao norte, um direito consuetudinário de origem germânica e ao sul o direito romano, em especial o *Corpus Iuris Civilis* e o Código Teodosiano. Existia, assim, uma fragmentação do direito que levava a uma insegurança jurídica. Os juízes tinham poder de interpretar textos e costumes, resolver conflitos normativos, decidir sobre qual a norma aplicável, atribuindo a esta significado. Isto lhes concedia um verdadeiro poder e muitas vezes permitia que decidissem os casos em proveito próprio. Além de tudo, tal poder era entendido como oponível ao próprio Rei, constituindo-se numa ameaça à centralização política das funções estatais. Assim surge o *Code Louis*, juntamente com uma reforma universitária, visando direcionar a cultura jurídica para a adoção de uma *tecnicização* da atividade judiciária<sup>6</sup>, numa tentativa de eliminar o poder interpretativo dos juízes. Segundo o processualista:

É a partir desse exato momento que a teoria cognitivista da interpretação e logicista da aplicação do direito encontram lugar na cultura jurídica francesa. [...]  
A chave empregada para a consecução dessa tarefa está justamente no cognitivismo interpretativo: isto é, na mística e mítica suposição de que é possível simplesmente *declarar* normas preexistentes mediante o exercício da jurisdição.<sup>7</sup>

O segundo grande marco para este processo de consolidação do cognitivismo e logicismo jurídico é a Revolução Francesa. Houve, por parte dos revolucionários, uma apropriação das ideias de Montesquieu. Para este, as decisões judiciais devem ser um “*texte précis de la loi*”, pois do contrário, sendo uma “*opinion particulière du juge*”, “viver-se-ia em uma sociedade sem saber precisamente quais os compromissos que nela são abraçados”<sup>8</sup> Assim o poder de julgar seria um poder “*nulle*” e o juiz não seria nada além da “*bouche della loi*”.<sup>9</sup> As ideias de Montesquieu vieram a se tornar base do constitucionalismo moderno e do Estado de Direito, tendo-se adotado conjuntamente a ela o cognitivismo interpretativo e a aplicação do direito mediante simples silogismos. De acordo com Mitidiero: “Posta a lei como vontade geral do povo e a decisão judicial como fruto de sua simples declaração, a *Revolution* encontra

---

<sup>5</sup> Ibidem, p. 45.

<sup>6</sup> Ibidem, p. 47.

<sup>7</sup> Ibidem, p. 49.

<sup>8</sup> Ibidem, p. 50.

<sup>9</sup> Ibidem, p. 51.



finalmente campo propício para sua atuação”<sup>10</sup>. São vedadas decisões judiciais com efeito geral e abstrato e são criados os “*referè legislatif*” para o caso de dúvida interpretativa. Foi criado ainda o Tribunal de Cassação para julgar decisões expressamente contrárias à lei. A jurisprudência seria um conceito “odioso” e “perigoso”. Por isto, era o poder legislativo quem criava e interpretava as leis, cabendo ao poder judiciário apenas aplicá-las mecanicamente, limitando-se a conhecê-las e expressar o seu preciso texto.<sup>11</sup> No terceiro marco do processo em comento, o Código Napoleônico, um de seus autores, Jean Etienne Marie Portalis, reconhece que o juiz tem o dever de interpretar a lei para a sua aplicação ao caso concreto, apesar de afirmar que a interpretação *in abstracto* cabe ao legislador. É uma exceção ao mito do cognitivismo interpretativo. Entretanto, as ideias de Portalis logo sucumbiram à oposição da doutrina francesa pós entrada em vigência do *Code Civil*, em especial da “Ecole del Exegése”, a qual pregava vinculação do juiz à lei, cognitivismo na interpretação e aplicação da lei por meio de silogismos.<sup>12</sup>

Assim, no Estado Legislativo Liberal, encontrou-se no princípio da legalidade a forma de impor limites ao poder estatal de intromissão na liberdade dos indivíduos, o que passou a ser possível apenas por meio de “lei aprovada com a cooperação da representação popular”. Identifica-se o direito com a lei, cuja validade depende somente de aprovação por “autoridade dotada de competência normativa”. Decorre daí uma subordinação dos poderes Executivo e Judiciário ao Legislativo, limitando-se o primeiro a atuar nos limites autorizados pela lei e o segundo a aplicá-la, sem, contudo, interpretá-la. Neste contexto, buscava-se a previsibilidade e certeza do direito, entendida esta como “garantia de certeza de significado prévio e determinado atribuído à norma”, esta última de caráter abstrato, geral e abrangendo todas as possíveis situações, impedindo-se o juiz de adequá-la ao caso concreto, através da análise das peculiaridades de cada situação.<sup>13</sup>

O positivismo mantém esta ideia de direito. Para esta ciência, a tarefa do jurista não é a criação do direito, mas meramente a sua descrição, operando-se a cognição e explicação da norma positivada, sem preocupação com seu conteúdo. Percebe-se a influência da mentalidade mecanicista que caracteriza a época de seu surgimento, num mundo maravilhado pela ciência, em especial pelas ciências naturais que a tudo explicavam, emprestando-se desta seus métodos, também para o estudo da sociedade, com a criação da “física social” ou sociologia de Augusto

---

<sup>10</sup> Ibidem, p. 53.

<sup>11</sup> Ibidem, p. 54.

<sup>12</sup> Ibidem, p. 57.

<sup>13</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Volume 1: Teoria do Processo Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 34.

Comte. Assim, compreende-se porque, para o positivismo jurídico, a tarefa dos operadores do direito deveria restringir-se a “uma aplicação mecânica das normas jurídicas”<sup>14</sup>

## B) Jurisdição para Chiovenda e Carnelutti

Chiovenda afirma que a função do juiz é a atuação da vontade concreta da lei, do legislador, pois “o verdadeiro poder estatal estava na lei”. Assim, jurisdição “consiste na substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual não só das partes, mas de todos os cidadãos, pela atividade intelectual do juiz, ao afirmar existente ou não existente uma vontade concreta da lei em relação às partes”.<sup>15</sup> Apesar de afirmar a aplicação da lei “ao caso concreto”, isto não se confunde com a criação da “norma individual ou norma do caso concreto”, como afirmado por Carnelutti, pois Chiovenda filia-se aos ideais iluministas e revolucionários de que o legislador cria e o juiz somente aplica a lei.

Para Carnelutti, Jurisdição é a composição da lide, entendida como o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. A lei, para a finalidade de composição da lide, não é suficiente, pois depende da atividade do juiz, motivo pelo qual a sentença necessariamente “integra o ordenamento jurídico, tendo a missão de fazer concreta a norma abstrata. A sentença, ao tornar a lei particular para as partes, comporia a lide.”<sup>16</sup> Verifica-se aí a diferença entre os entendimentos de Chiovenda e Carnelutti, sendo a sentença, para o primeiro, externa ao ordenamento jurídico (teoria dualista) e para o segundo, assim como para Kelsen, interna (teoria unitária).<sup>17</sup>

Percebe-se, portanto, a constante presença de duas ideias a permear a concepção da atividade jurisdicional: o *cognitivismo interpretativo* e o *logicismo aplicativo*. Assim, essas teorias pressupõem ser a regra anterior a interpretação. Pressupõe-se que o legislador é responsável por outorgar a norma e não somente o texto. A interpretação uma atividade voltada a *conhecer o significado correto* da lei. Marinoni, Arenhart e Mitidiero assim resumem as teses principais do *cognitivismo interpretativo*:

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

<sup>14</sup> Ibidem, p. 37.

<sup>15</sup> Ibidem, p. 41.

<sup>16</sup> Ibidem, p. 43.

<sup>17</sup> Ibidem, p. 44.

seu significado implícito objetivamente existente, sem em nenhum momento realizar qualquer escolha valorativa, aplicando dedutivamente a norma ao fato.<sup>18</sup>

Além disto, acreditava-se possível realizar a conexão entre a lei e o caso concreto mediante um simples silogismo jurídico, realizado pelo juiz no momento da resolução do caso concreto, aplicando-se a lógica dedutiva, onde se teria como premissa maior a norma, a premissa menor o fato e a decisão da causa como a conclusão.<sup>19</sup>

### C) A Jurisdição e a Jurisprudência, O Conteúdo do Contraditório e a Dimensão da Motivação.

Dessa forma, a jurisdição no Estado Liberal de origem francesa está ligada a ideia de declaração de uma norma preexistente, dando origem a um sistema em que as *Cortes de Justiça* realizam o *controle* da decisão recorrida, visando a formação de uma *jurisprudência* uniforme, no qual as razões da decisão não são consideradas fonte do direito.

Neste modelo de processo, pressupõe-se identidade entre texto, norma e regra jurídica, sendo função das Cortes o controle da legalidade das decisões, de forma *reativa, caso a caso*, preocupada com o *passado*.<sup>20</sup>

A jurisprudência é entendida como “[...] a atividade de interpretação da lei desempenhada pelas cortes para solução de casos, cuja múltipla reiteração gera a uniformidade capaz de servir de parâmetro de controle, não gozando de autoridade formalmente vinculante.”<sup>21</sup>

Assim, visa-se a exata interpretação da lei, e por *decisões reiteradas* chegar-se a uma *uniformização* da jurisprudência. Busca-se o controle da legalidade da decisão recorrida. A jurisprudência não é *fonte primaria do direito*.

As decisões da corte têm eficácia *ex tunc*.<sup>22</sup> Este modelo de processo, como referido, tem como objetivo a declaração da norma pré-existente, chegando-se a resolução de um caso concreto mediante um silogismo em que a premissa maior é a lei, a premissa menor é o fato e

<sup>18</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Volume 1: Teoria do Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 48.

<sup>19</sup> MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. 3. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil. Volume 1: Teoria do Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. MITIDIERO, Daniel.

<sup>20</sup> MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 34 e 35.

<sup>21</sup> MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 102.

<sup>22</sup> MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 34 e 35.

a conclusão é a solução do caso. Neste contexto, a participação das partes, o contraditório e a fundamentação apresentam um conteúdo mínimo. Isto porque para que se considera fundamentada a sentença, basta que o juiz demonstre a validade do raciocínio dedutivo e silogístico, ou seja, que das premissas decorre a conclusão.

Entendia-se que, quanto às premissas, cabia às partes, no máximo, as alegações de fato e sua prova, ficando a cargo do juiz conhecer o direito, vigorando as máximas do *iuria novit curia* e *da mihi factum dabo tibi ius*. Trata-se, assim, de um modelo assimétrico do processo, conforme leciona Daniel Mitidiero:

Essas as linhas centrais do modelo assimétrico de processo: todo o processo era pensado de modo a possibilitar a observância do direito estatal, sendo o juiz superpartes o seu centro, apoucando-se o papel das partes na definição do direito com um contraditório fraco, formal e estático. Toda estrutura do processo refletia o intento de fazer observar tão somente a própria normatividade estatal, convertendo-se a “pessoa” em “sujeito” do direito.<sup>23</sup>

O conteúdo do contraditório para a visão Oitocentista do Estado Liberal consistia na “*simples bilateralidade de instância, dirigindo-se tão somente às partes*”<sup>24</sup>, refletindo apenas o “binômio *conhecimento-reação*”<sup>25</sup>, no qual uma parte tem simplesmente o direito de conhecer as alegações da outra e contrariá-las, ficando limitada, desse modo, às alegações de fato e sua respectiva comprovação. O juiz não fazia parte do contraditório, sendo destinatários deste somente as partes.<sup>26</sup>

Enquanto se entendia o contraditório como somente atinente às partes, entendia-se que o dever de fundamentação não guardava relação com a atividade destas. Assim, considerava-se motivada a decisão que mostrasse meramente as “razões que fundavam o dispositivo”<sup>27</sup>, sendo suficiente a sua não contradição, atendendo-se somente a um critério intrínseco de justificação.<sup>28</sup>

A evolução da teoria da interpretação vem alterando radicalmente estas concepções, em especial pela percepção de que não há uma única interpretação correta possível da norma jurídica, como adiante se verifica.

---

<sup>23</sup>MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. 3. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 85.

<sup>24</sup>SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 767.

<sup>25</sup>Ibidem, p. 767.

<sup>26</sup>Ibidem, p. 768.

<sup>27</sup>Ibidem, p. p. 787.

<sup>28</sup>SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 787.

## II – INTERPRETAÇÕES POSSÍVEIS? REFLEXOS NA FUNÇÃO JURISDICIONAL

A evolução da doutrina no Século XX foi marcado pela busca de soluções transordenamentais, partindo-se da teoria da interpretação, com a contribuição de juristas de ambas as tradições, tanto do *common law* quanto do direito continental/*civil law*. Neste sentido, percebe-se a conscientização de que o direito não é pré-determinado, mas dotado de uma dupla indeterminação e que é “[...] justamente o papel da interpretação *precisar contextualmente o seu significado*, como vem sendo paulatinamente destacado desde o início dos Novecentos pelas teorias céticas – puras e mistas, radicais ou moderadas – da interpretação.”<sup>29</sup>.

Passa-se à análise de alguns dos principais representantes deste processo, iniciando-se pelo sétimo capítulo da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, que trata especificamente do problema da interpretação. Para Kelsen deve ser deduzido o conteúdo da sentença da norma geral da lei, fixando-se o seu sentido no caso concreto. O conteúdo da norma de escalão inferior (sentença) é determinado pela de escalão superior (lei), sendo esta determinação incompleta, uma vez que esta não pode vincular aquela em todas as direções. Desse modo, dado o espaço de “livre apreciação” necessariamente deixado, a norma superior tem caráter de uma moldura a ser preenchida pela norma de escalão inferior. Assim, por mais pormenorizada que seja, a norma sempre deixará várias determinações a cargo do aplicador/executor. Portanto, os atos de aplicação do direito são em parte determinados pelo direito e em parte são indeterminados, indeterminação esta que pode dizer respeito tanto aos fatos previstos, como também às consequências atribuídas a estes pela norma. Esta indeterminação pode ser intencional, quando há o estabelecimento de uma norma geral que deixa para a norma individual continuar “o processo de determinação que constitui afinal o sentido de seriação escalonada ou gradual das normas jurídicas”.<sup>30</sup> Entretanto, a indeterminação persiste mesmo quando não é a intenção do legislador, em virtude dos vários significados possíveis dos termos utilizados e assim, “o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem que aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis.”<sup>31</sup> Neste mesmo sentido, afirma H.L.A. Hart:

Apresenta-se aqui algo como uma crise na comunicação: há razões tanto a favor quanto contra nosso emprego de um termo geral, e nenhuma convenção firme ou concordância geral determina seu uso, ou, por outro lado, sua rejeição pela pessoa que deve fazer a classificação. Em tais casos, para esclarecer as dúvidas, quem que vá dirimi-las deve operar como que uma escolha entre alternativas abertas.

A essa altura, a linguagem geral em que a norma se expressa não pode fornecer senão uma orientação incerta [...] A inclusão de um acaso particular dentro de uma norma e a inferência de uma conclusão silogística já não caracterizam a essência do

<sup>29</sup> MITIDIERO, DANIEL. Precedentes: da persuasão à vinculação. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016. p. 59.

<sup>30</sup> KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 8ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 389.

<sup>31</sup> Ibidem, Loc. cit.

**raciocínio envolvido em decidir qual o procedimento correto. [...] Assim, a discricionariezade que a linguagem lhe confere desse modo pode ser muito ampla, de tal forma que, se a pessoa aplicar a norma, a conclusão, embora possa não ser arbitrária ou irracional, será de fato resultado de uma ESCOLHA.**<sup>32</sup>

Segundo Kelsen, o direito forma uma moldura na qual estão inseridas estas várias alternativas de aplicação, sendo quaisquer dos sentidos escolhidos dentre aqueles incluídos na moldura conforme ao direito. A interpretação cognoscitiva pode realizar somente o estabelecimento da moldura, das várias significações possibilitadas dentro desta. Mais: não só a interpretação não pode levar a uma única interpretação “correta”, como todas as possibilidades contidas na moldura “têm igual valor”, ainda que somente uma venha a ser positivada. Entretanto, isto “não significa que ela é a norma individual, mas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.”<sup>33</sup> O autor faz críticas àqueles que entendem ser possível, por meio da interpretação, chegar a um único resultado correto e justo. Segundo ele, não é possível encontrar um método que torne possível preencher de forma “correta” a moldura. Censura, assim, a teoria que entende que a interpretação se trata de mero ato intelectual e que o aplicador utilizaria somente sua razão e não sua vontade, como se pudesse realizar “uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo.”<sup>34</sup>

A questão de saber qual a escolha correta seria um problema de política do Direito e não um problema da Teoria do Direito. Não há como chegar às únicas leis corretas com base tão somente na interpretação. O juiz é criador do direito, sendo relativamente livre, e o preenchimento da moldura dada pelos possíveis significados contidos na norma se trata de uma atividade volitiva. Qualquer atividade cognitiva ulterior à estipulação da moldura, “dentro desta criação do direito”, pode ser relativa a normas morais, juízos de valor, justiça, progresso etc., não cabendo, entretanto, do ponto de vista do direito, a análise de sua validade, pois não são resultado do Direito. Quanto a este “a produção do ato jurídico dentro da moldura da norma jurídica aplicanda é livre, isto é, realiza-se a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato.”<sup>35</sup> Desse modo, para Kelsen:

Se quisermos caracterizar a interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do Direito, devemos dizer: na aplicação do direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua

<sup>32</sup> HART, H.L.A. O Conceito de Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 164.

<sup>33</sup> KELSEN, Hans. Op. cit., p. 390.

<sup>34</sup> Ibidem, p. 391.

<sup>35</sup> Ibidem, p. 393.

uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.<sup>36</sup>

Kelsen afirma que a interpretação feita pelo aplicador do Direito é a única interpretação autêntica, pois cria o direito. Por meio desta, pode o juiz não somente escolher dentre as possibilidades verificadas através da cognição constantes na moldura, como pode, até mesmo, criar uma norma que esteja fora dela, pois uma vez que esta produza coisa julgada também será interpretação autêntica. Assim, a interpretação feita pelo aplicador do direito, em especial o juiz, se distingue de todas as outras. Qualquer outra forma de interpretação trata-se de forma não autêntica de interpretação, por não ser passível de criar o direito.<sup>37</sup>

Também para Hart o problema da indeterminação faz com que somente na aplicação ao caso concreto se possa realizar uma escolha. Hart vê duas desvantagens interligadas, típicas da condição humana, quando se busca regulamentar antecipadamente e sem ambiguidade o comportamento por meio de um padrão geral para ser usado sem “orientação oficial posterior em ocasiões específicas”<sup>38</sup>. A primeira se trata da nossa relativa ignorância dos fatos: não podemos prever todas as possibilidades, ou seja, todas as situações de fato, e muito menos todas as suas possíveis combinações entre si. Isto faz com que não possamos criar normas gerais que, prevendo todas as situações possíveis, pudessem não exigir qualquer escolha do aplicador. O segundo problema, quando se objetiva a regulação antecipada do comportamento, é a relativa imprecisão de nosso objetivo. Como não temos como prever o que no caso concreto ocorrerá, não temos como pré-determinar se, quando ocorrer o um conflito de interesses não previsto por nós em um caso fora daqueles imaginados quando da confecção da regra, o interesse ou objetivo que tínhamos em mente não deverá ceder em favor de outro objetivo de maior importância, o qual, quando criada a regra, não foi considerado ou “imaginado”. Desta forma, será na ocorrência do caso concreto imprevisto que teremos a oportunidade de “escolher entre os interesses”, o que terá o condão de precisar ainda melhor o nosso objetivo e solucionar “uma questão relativa ao sentido de um termo genérico para os efeitos desta norma.”<sup>39</sup>

#### A) Do Texto à Norma

Giovani Tarello aprofunda a discussão e propõe o entendimento de que o texto e a norma não se confundem. Para este autor, a norma não “tem” um significado, mas ela “é” *um*

<sup>36</sup> Ibidem, p. 394.

<sup>37</sup> Ibidem, p. 395.

<sup>38</sup> HART, H.L.A. Op. cit., p. 166.

<sup>39</sup> HART, H.L.A. Op. cit., p. 168.

*significado*. É um significado de um segmento de linguagem em função prescritiva, enunciado por um documento em língua. Assim, não podemos falar em interpretação “da norma”, mas somente de interpretação de enunciados, de documentos. O processo interpretativo é realizado sobre um enunciado. Parte-se de um enunciado para se chegar à norma. A norma é o produto do processo interpretativo.<sup>40</sup> Para este autor, podemos melhor compreender estes conceitos através da seguinte linha de raciocínio. Parte-se daquela que é a menor unidade linguística com um significado completo, qual seja, um enunciado. As comunicações humanas em língua em geral e, particularmente, as comunicações que são as chamadas “normas jurídicas” se fazem mediante enunciados. Eis o objeto da interpretação jurídica: os enunciados normativos. Normas jurídicas são então, na realidade, os significados atribuídos aos documentos normativos.<sup>41</sup> A esta atribuição de significado se dá o nome de interpretação.<sup>42</sup> O significado de um documento normativo, portanto, não é pré-constituído à atividade do interprete.<sup>43</sup>

Verifica-se, analisando-se a locução “interpretação da lei”, que o vocábulo “interpretação” se refere à atribuição de significado a um ente. Tal ente, no caso da interpretação da lei, é sempre um documento ou conjunto de documentos de que se sabe ou se postula que exprima uma, assim chamada, norma jurídica ou conjunto de normas; a norma jurídica é justamente o significado que mediante a interpretação vem atribuído ao documento ou a uma combinação de documentos.<sup>44</sup> Assim, com a expressão “interpretação da lei”, se entende o conjunto de todas as atividades e de todos os resultados da apreensão e do uso de um direito vigente ou histórico.<sup>45</sup>

Antes da atividade do interprete, somente se sabe que o documento normativo contém uma norma jurídica, mas não qual seja esta norma, uma vez que norma é o significado que se dá ao texto do documento normativo.<sup>46</sup> É por este motivo que Riccardo Guastini afirma que falar de interpretação de normas não estaria correto, dando a impressão errônea que o significado dos textos normativos seria preexistente à interpretação.<sup>47</sup>

O vocábulo “Norma”, na linguagem dos juristas, vem muito frequentemente utilizado para se referir tanto aos enunciados que se encontram nas fontes quanto aos seus significados. Em certos momentos se utiliza norma para falar dos enunciados prescritivos, em outros para se referir aos conteúdos de sentido destes enunciados. Em que pese esta utilização

---

<sup>40</sup> TARELLO, Giovanni. *Diritto, Enunciati, Usi*. p. 394 e 395.

<sup>41</sup> TARELLO, Giovanni. *Diritto, Enunciati, Usi*.

<sup>42</sup> TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè, 1980. p. 103.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 63.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 64.

<sup>47</sup> GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 14.



indistinta, tais termos devem ser diferenciados. Riccardo Guastini propõe, portanto, que se chame de “disposição” todo enunciado normativo contido em uma fonte de direito e “norma” o conteúdo de significado deste enunciado.<sup>48</sup> Como já dito, a atividade intelectual que conduz do enunciado ao significado é a interpretação. Desta forma, a disposição é o objeto da interpretação e tem a norma como o seu resultado.

Neste mesmo sentido, Eros Roberto Grau diz que texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. Desta forma a completude somente se realiza mediante a interpretação quando o sentido por ele expressado é produzido. “Mas o sentido expressado pelo texto já é algo novo, distinto do texto. É a norma.”<sup>49</sup> Desse modo, a interpretação do direito, que visa a solução de conflitos, necessita de um interprete que a compreenda e reproduza para que um conflito seja decidido. Assim, a interpretação do direito permite a sua inserção na vida prática.<sup>50</sup> A interpretação é uma atividade intelectual pela qual, a partir de formulas linguísticas contidas em textos, enunciados, preceitos pode-se chegar a determinação de um conteúdo normativo. Pode-se dizer, então, que a atividade do interprete é de produção da norma.<sup>51</sup>

Riccardo Guastini, continuando e aprofundando a análise de Kelsen, distingue entre interpretação cognitiva, interpretação decisória e interpretação criativa. Para o autor, cada texto normativo contém uma pluralidade de significados alternativos (ou seja, admite diferentes interpretações, a cada uma das quais corresponde uma norma diferente). O conjunto de significados possíveis de um texto, identificáveis à luz das regras de linguagem, dos métodos interpretativos em uso, das teses dogmáticas difundidas na doutrina etc, podemos chamar, com Kelsen: a “*moldura* do significado do texto”.<sup>52</sup> Desse modo: i) a interpretação cognitiva consiste em identificar a moldura, ou seja, elencar os possíveis (plausíveis) significados; ii) a interpretação decisória *standard* consiste no escolher um dos significados incluídos na moldura; iii) a interpretação criativa consiste no atribuir ao texto um significado que não está incluído na moldura. A rigor não se poderia dizer que nesta última exista uma verdadeira interpretação. Houve criação de uma nova norma ou, a alteração do direito preexistente.<sup>53</sup> A moldura tem contornos vagos. Pode-se pensar em um exemplo, como mostra Guastini, de um texto normativo do qual, através da interpretação cognitiva podemos extrair as normas N1, N2 e N3. Pode ser que as normas N1 e N2 seguramente estejam dentro da moldura e que sobre a norma

<sup>48</sup> Ibidem, p. p. 64; GUASTINI, Riccardo. Das Fontes às Normas. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

<sup>49</sup> GRAU, Eros Roberto. Por que Tenho Medo dos Juizes (a interpretação/aplicação do direito e os Princípios) São Paulo, 2014. p. 36.

<sup>50</sup> Ibidem, p. 37.

<sup>51</sup> Ibidem, p. p. 38.

<sup>52</sup> GUASTINI, Riccardo. Interpretare e Argomentare. Milano: Giuffrè, 2011, p. 59.

<sup>53</sup> Ibidem, p. 60.

N3 não haja certeza se está dentro ou fora, tratando-se de um *hard case*, mas se sabe que a norma N4 com certeza absoluta está fora da moldura. Assim, não se pode definir se, ao escolhermos por N3, estamos interpretando ou criando o direito. Mas distinguir entre interpretação e criação nos casos da norma N1, N2 e N4 é totalmente possível e altamente significativo. A moldura, assim, serve para determinar as operações dos interpretes: em especial, diferenciar entre interpretação propriamente dita e a criação de um direito novo.<sup>54</sup> No entendimento de Guastini, portanto, o conceito de interpretação deve ser restrito para deixar de fora a formulação de novas normas. Nesta perspectiva, “interpretação” não é qualquer atribuição de significado ao texto normativo, apenas uma atribuição que caia dentro da moldura. A atribuição de significado que saia da moldura constitui não propriamente interpretação, mas criação de uma nova norma. Afirma o autor que com isto não quer dizer que os juristas ou juízes, em especial juízes de última instância, não possam ou não devam atribuir aos textos normativos *qualquer* significado caso entendam oportuno. Somente afirma que não é qualquer atribuição de significado que poder ser chamada de “interpretação”. Traçar limites conceituais à interpretação é útil, não para diferenciar entre interpretações boas, corretas ou aceitáveis e interpretações más, incorretas ou inaceitáveis – o que é questão valorativa ou normativa, questão de *política* do direito, estranha como tal à ciência do direito – mas distinguir, em sede de ciência do direito, a genuína (normal) interpretação da criação de normas novas.<sup>55</sup>

De outra banda, importa ressaltar que entre enunciado e significado não há correspondência biunívoca. Portanto, não é correto afirmar que a uma disposição corresponda somente uma norma, assim como uma norma pode corresponder a mais de uma disposição.<sup>56</sup> Do mesmo modo que a um enunciado pode corresponder uma ou mais proposições ou uma proposição pode corresponder a mais de um enunciado, como visto anteriormente. No entanto, não se pode dizer que o significado tem existência independente dos enunciados interpretados e dos enunciados interpretativos. A norma não é algo ontologicamente separado da disposição, mas é apenas a disposição interpretada. Podemos dizer, também, que a norma é o enunciado interpretante que o interprete presume que seja sinônimo do enunciado interpretado (disposição).<sup>57</sup> Daí dizer-se que a atividade de interpretação é uma atividade de reconstrução e que não se trata de uma *descoberta-lógico-cognitiva*, nem de *construção* normativa.<sup>58</sup> Uma

---

<sup>54</sup> GUASTINI, Riccardo. Interpretare e Argomentare. Milano: Giuffrè, 2011, p. 60.

<sup>55</sup> Ibidem, p. 59.

<sup>56</sup> Ibidem, p. 64.

<sup>57</sup> Ibidem, p. 65.

<sup>58</sup> MITIDIERO, Daniel Mitidiero. Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudencia ao Precedente. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014., p. 82.

disposição pode, dentro da mesma interpretação, ou seja, considerando-se apenas um dos seus significados, exprimir mais de uma norma, não necessariamente conflitantes entre si.<sup>59</sup> Entretanto, pode haver ambiguidade da disposição, ou seja, esta pode ser interpretada de modos diversos e a cada interpretação pode corresponder um significado e, portanto, uma norma. Neste caso tem-se interpretações disjuntivas.<sup>60</sup> Assim, tendo em vista a equivocidade dos enunciados normativos, “[...] interpretar significa ao fim e ao cabo decidir a respeito melhor interpretação possível que deve ser dada à legislação em um determinado contexto.”<sup>61</sup>

Pode ser o caso em que uma norma seja extraída pela interpretação de mais de uma disposição combinadas.<sup>62</sup> Nestes casos, frente a cada caso individual, para qualificar um comportamento ou uma situação específica, dever-se-á recortar no ordenamento os enunciados coligados, que se adaptem, segundo um significado que se lhe venha a atribuir, ao caso singular a ser qualificado segundo o direito.<sup>63</sup> Ocorrem, ainda, casos em que duas ou mais disposições tem o mesmo significado, ou seja, sejam sinônimas. Neste caso, duas disposições exprimem a mesma norma. Em outros casos pode haver sobreposição de significado entre partes de duas disposições.<sup>64</sup> Uma disposição pode, também, não exprimir nenhuma norma, quando não tenha significado normativo (como por exemplo a invocação a uma divindade ou uma dedicatória) ou quando seu conteúdo normativo não faça algum sentido.

Existem situações em que aparecem normas sem a existência de uma disposição.<sup>65</sup> Isto ocorre quando a norma não pode ser referida como significado de um enunciado de alguma das fontes. Em sentido fraco, as normas extraídas da combinação de diversos dispositivos são normas desprovidas de disposição. Em sentido forte, são desprovidas de disposição as normas implícitas, que não correspondem nem a uma disposição específica, nem a combinação de várias disposições, sendo “[...] deduzida ou de uma outra norma expressa (por exemplo, mediante analogia), ou do ordenamento jurídico no seu conjunto, ou de algum subconjunto de normas considerado unitariamente (o sistema do direito civil, o sistema do direito administrativo, etc.).”<sup>66</sup> Assim, podemos dizer que tais normas não tem uma disposição expressa como referência, mas podem ser extraídas através de um raciocínio pelo qual uma ou mais disposições de normas expressas constituem premissas e a norma não expressa, a

---

<sup>59</sup> GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 67.

<sup>60</sup> *Ibidem*, Loc. cit.

<sup>61</sup> MITIDIERO, Daniel Mitidiero. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudencia ao Precedente*. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 82.

<sup>62</sup> GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 68.

<sup>63</sup> TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè, 1980. p. 32.

<sup>64</sup> GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 68.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 70.

<sup>66</sup> GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 41.

conclusão.<sup>67</sup> Quanto a este último ponto cabe ressaltar, porém, que não ocorre apenas a interpretação da lei, mas a integração do direito. A assumir-se o conceito de norma exposto, verifica-se que esta não pode existir sem disposição, ou seja, sem o enunciado através do qual se faz a sua comunicação, por isto não se coaduna às normas não expressas. Por esta razão, Riccardo Guastini conclui:

Deste ponto de vista, fica bem claro que as normas não expressas não são de modo algum fruto da interpretação, já que são elaboradas na ausência de disposições que as exprimam; são fruto de produção (ou integração) do direito. Eis porque a distinção entre disposição e norma presta-se também a este uso: traçar uma linha de demarcação entre a interpretação de documentos normativos e integração do direito.<sup>68</sup>

Neste sentido, Giovanni Tarello afirma que as atividades de aprendizagem de um direito objetivo, a que se referem a locução “interpretação da lei” no seu uso mais extensivo, são muito mais complexas do que a mera operação de atribuir um significado a um documento de lei ou também a todos os documentos das leis de um direito. O conjunto de atividades de apreensão de um direito inclui a atribuição de significado aos documentos das leis, mas não se resolve nesta. Tarello critica a abordagem do positivismo jurídico, segundo o qual todo o direito decorre somente de todas as leis, afirmando que este pensamento funcionou e funciona como guia de ação, no sentido restringir as margens de recurso a fontes extra legislativas de direito, apesar de não negar o fato de que nem toda disciplina do viver social pode ser encontrada no conjunto de leis de um direito. É a este enunciado ou conjunto de enunciados, assim obtidos, segmentando o discurso global da lei (de todas as leis), que o interprete atribui um significado com o qual qualificar o comportamento ou a situação de que se trata: o significado atribuído ao enunciado ou conjunto de enunciados é aquele que vem chamado “a norma reguladora” daquele comportamento ou daquela situação. A operação complexa consistente no segmentar e recompor a lei para tirar-lhe um oportuno enunciado e no atribuir um significado ao enunciado desta forma obtido, vem comumente chamada “individuação da norma”.<sup>69</sup> Então, na individuação da norma, além da atividade de atribuição de significado a um enunciado da lei, está incluída justamente a operação de fragmentação e recomposição do discurso legislativo: operação à qual corresponde um fator extra legislativo (ou melhor, um conjunto de fatores) de produção de direito, que consiste nas decisões, ideologias, técnicas e praxe mediante as quais o interprete decompõe e recompõe a lei.<sup>70</sup>

---

<sup>67</sup> GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 70.

<sup>68</sup> GUASTINI, Riccardo. *Das Fontes às Normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 43.

<sup>69</sup> TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè, 1980. p. 31.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 31.

Humberto Ávila também reconhece que nem sempre que houver uma norma haverá um dispositivo correspondente ou vice-versa, inexistindo entre ambos correspondência biunívoca. Para o autor, não se pode dizer que a aplicação do direito é uma mera atividade de subsunção entre conceitos, mas ao mesmo tempo não se pode dizer que não há nenhum significado antes do processo interpretativo. Há, portanto uma *reconstrução* de sentido no processo interpretativo, devendo-se reconhecer que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação e que o Poder Judiciário realiza a concretização do ordenamento quando da resolução do caso concreto.<sup>71</sup>

B) O problema da segurança jurídica sob a ótica da indeterminação e do caráter argumentativo do direito.

Como verificado, pode-se entender como “conhecer a norma jurídica” a antecipação precisa de um único resultado “correto” ou previsão de uma série de resultados possíveis. No primeiro caso, *concepção unívoca do objeto*, trata-se de um entendimento de que a norma tem um sentido único e a determinabilidade diz respeito à possibilidade de o cidadão conhecer “o” conteúdo, o único sentido da norma pela qual vai nortear seu comportamento. Os realistas criticam tal posição, às quais classificam como mito. No segundo caso, isto é, para a *concepção alternativa do objeto*, o objeto a ser conhecido, a norma, apresenta sentidos alternativos. A partir desta, ramificam-se três diferentes concepções acerca da interpretação.

Um primeiro entendimento seria a *concepção indeterminada da interpretação* onde a regra pode ter vários significados possíveis, existindo uma total indeterminação da linguagem das regras, não podendo o interprete sequer conhecer ou prever o sentido da regra. Esta concepção rejeitaria a noção de regra jurídica, uma vez que não há poderia haver qualquer sentido antes da decisão. Esta é a concepção realista extremada de Frank. Para Humberto Ávila “adotar essa concepção implica aceitar que toda decisão judicial é retroativa, porquanto antes dela nada havia. Mais: é rejeitar, implicitamente, a própria capacidade de realização do princípio da irretroatividade.”<sup>72</sup>

Hart também criticou esta visão. Para ele, não há como negar a existência das normas num sistema onde existam tribunais, pois sua existência e autoridade depende exatamente de normas que lhes atribuam competência e assim não existiria decisão autorizada

---

<sup>71</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16 ed. São Paulo. Malheiros, 2015. p. 50 a 54.

<sup>72</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica. São Paulo: Malheiros Editora, 2014, p. 162.

e não haveria distinção entre a decisão de um tribunal e a decisão de um cidadão.<sup>73</sup> Deveria ser negada a teoria deste tipo de ceticismo uma vez que, mesmo que se entenda que as afirmações dos cétricos dizem respeito apenas às normas que atribuem direitos ou impõem deveres aos indivíduos comuns, certamente esses indivíduos seguem as normas não somente como hábito ou como previsão a respeito das decisões dos tribunais, mas como “padrões jurídicos aceitos de conduta”. As pessoas “consideram o direito um padrão jurídico de comportamento, referindo-se a ele ao criticar outras pessoas, justificar suas exigências ou aceitar críticas e exigências feitas pelos outros.”<sup>74</sup> As pessoas “expressam continuamente, em linguagem normativa, sua aceitação compartilhada do direito como orientação para o comportamento.”<sup>75</sup>

O entendimento do autor é no sentido de que existem normas de textura aberta e é nestes pontos que os indivíduos podem apenas fazer previsões sobre as futuras decisões dos tribunais e ajustar seu comportamento de acordo com isto.<sup>76</sup> Para este tipo de ceticismo nada limitaria “a área de textura aberta”, então nada obrigaria os juízes a decidirem como fazem. Nada poderia ser “caracterizado como uma norma que devam seguir”; não haveria nada por eles considerado como “padrão de procedimento judicial correto” e, destarte, “nada há neste comportamento que manifeste o ponto de vista interno típico da aceitação das normas.”<sup>77</sup>

Hart refuta estes argumentos utilizando o exemplo dos sinais de trânsito. Assim, ao pararmos no sinal vermelho, não pensamos acerca da lei. Este ato é uma aplicação autêntica da norma, pois mesmo se nos perguntassem qual o motivo pelo qual agimos desta forma, responderemos que foi em função da regra, bem como, em caso de sermos criticados pelo nosso comportamento, nos defenderemos justificando as nossas atitudes através das normas.<sup>78</sup> Portanto, podem até existir situações em que o juiz decide “intuitivamente” e depois escolhe argumentos jurídicos baseados em normas para justificar a sua decisão, mas está claro que a maioria das decisões “são alcançadas por meio de um autêntico esforço de obedecer às normas aceitas conscientemente como padrões; ou, se tomadas intuitivamente são justificadas por normas que o juiz se dispunha previamente a obedecer e cuja aplicabilidade ao caso em pauta seria geralmente reconhecida.”<sup>79</sup>

---

<sup>73</sup> HART, H.L.A. O Conceito de Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 177.

<sup>74</sup> Ibidem, p. 178.

<sup>75</sup> HART, H.L.A. O Conceito de Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 179.

<sup>76</sup> Ibidem, Loc. cit.

<sup>77</sup> Ibidem, Loc. cit.

<sup>78</sup> Ibidem, p. 181.

<sup>79</sup> HART, H.L.A. O Conceito de Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 181.

Para outra corrente, mais moderada, da linha da *concepção alternativa da interpretação*, uma norma pode apresentar uma noção, “mas essa noção, por sua vez, apresenta vários elementos que não precisam estar presentes integralmente, sendo eles, em vez disso, prescindíveis, bastando que algum ou que alguns deles (dependendo do caso) estejam presentes.” Esta é uma concepção tipológica da interpretação. As regras contêm tipos (noções valorativas gerais), cuja constatação depende da configuração concreta da ideia geral – e, portanto, da existência de um ou mais elementos, mas não necessariamente de todos.<sup>80</sup>

Um terceiro entendimento, ainda, é o de que o conceito previsto pela norma apresenta um núcleo de significação e margens de indeterminação, à dependência da espécie de regra analisada e dos princípios referentes a ela. Esta concepção pode ser chamada de *concepção determinável de interpretação*, pois os conceitos contidos na norma são em alguma medida indeterminados e em alguma medida determinados. “Esses núcleos de sentido, já fixados intersubjetivamente, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência, não podem ser ignorados pelo interprete.”<sup>81</sup>

As duas últimas correntes entendem que as normas são em algum grau determinadas e em outro indeterminadas, possuindo sentidos alternativos. Dessa forma, ao invés de falar em “determinação” ou “previsibilidade”, fala-se em “determinabilidade” para designar aptidão do indivíduo para conhecer os possíveis sentidos atribuíveis ao texto normativo, e “calculabilidade” para referir possibilidade de se controlar a aplicação das normas pelos poderes Executivo e Judiciário. Assim, segurança jurídica seria a possibilidade dada ao cidadão de antever os sentidos possíveis do texto, de maneira tal que, quando da efetiva aplicação no caso concreto pelo poder estatal, esta esteja dentro dos sentidos possíveis por ele previstos. Assim, o “eixo-central da segurança jurídica deixa de ser a previsibilidade contudística para passar a ser o da controlabilidade decisional.”<sup>82</sup>

Outrossim, estas concepções (unívoca e alternativa) podem ser reconduzidas a dois pontos de vista distintos. Do ponto de vista do juiz “fiel à lei”, a interpretação seria uma atividade de conhecimento. Assim, interpretar seria determinar o verdadeiro significado das leis ou a verdadeira intenção do legislador. Nessa visão, os problemas de interpretação seriam motivo de dúvidas quanto ao significado da lei ou à intenção do legislador.<sup>83</sup> Esta perspectiva parte de uma concepção objetivista do direito, para a qual este é um objeto que pode ser

---

<sup>80</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica. São Paulo: Malheiros Editora, 2014, p. 163.

<sup>81</sup> Ibidem, Loc. cit.

<sup>82</sup> Ibidem, p. 164.

<sup>83</sup> GUASTINI, Riccardo. Interpretare e Argomentare. Milano: Giuffrè, 2011, p. 47.

totalmente revelado pelo interprete, sendo que a norma possui um único sentido, motivo pelo qual a atividade daquele é “descobrir” o único sentido predeterminado “por meio de uma atividade estática e determinista.” Assim, o problema do direito é um problema semântico e a interpretação uma atividade objetivista. Resulta daí que a segurança jurídica seria um problema de “segurança do objeto”: o intérprete deve revelar o direito, que se lhe apresenta como algo pronto.<sup>84</sup> Do ponto de vista do “homem ruim”, do advogado ou ainda do juiz não devoto à lei, mas à sua própria orientação política, a interpretação é tida não como acerto, mas como valoração, escolha e decisão. Desse modo, interpretar significa identificar os possíveis resultados práticos e escolher o mais oportuno tendo em vista uma finalidade preestabelecida. Por esta visão, os problemas de interpretação aparecem assim, não como motivos de dúvidas, mas com espaços ou *margens de discricionariedade*.<sup>85</sup> Esta perspectiva se trata de uma concepção argumentativa do direito para a qual este é uma “estrutura argumentativa por meio da qual são reconstruídas as alternativas semânticas possíveis de uma norma mediante critérios hermenêuticos.”<sup>86</sup> A norma não tem um sentido único, mas várias possibilidades de significado e “núcleos de significação”, cabendo ao interprete “reconstruir alternativas decisórias por meio de uma atividade dinâmica e argumentativa”. “O direito, nessa perspectiva, envolve, sobretudo, um problema argumentativo; e a interpretação uma atividade intermediária.” Desse modo, a segurança jurídica diz respeito a um problema de “segurança de argumentação” “A segurança jurídica, em vez de ser segurança do objeto, é segurança racional e argumentativa”.<sup>87</sup>

À luz de tudo quanto exposto, imperioso reconhecer que toda norma é indeterminada. Assim, não se pode saber exatamente quais *fattispecie* se incluem dentro de seu campo de aplicação. Isto decorre da vagueza dos predicados, entendidos estes como termos que denotam uma “classe”, ou seja, um conjunto de “entidades individuais” que compartilham um mesmo atributo ou conjunto de atributos. Os predicados podem ser analisados em seus dois componentes: o “sentido” (o que quer dizer) e o “referimento” (a que coisa se refere). O sentido (também chamado intenção) é o conjunto dos atributos que um objeto deve ter para que o predicado possa ser aplicado a ele. O referimento (também chamado extensão) é a classe de objetos que apresentam estes atributos e aos quais, portanto, o predicado é aplicável.<sup>88</sup> O referimento depende do sentido: quanto menos o sentido é preciso, maior o referimento, ou seja, quanto mais preciso o sentido de um predicado, ou seja, quanto mais atributos se lhe

---

<sup>84</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica. São Paulo: Malheiros Editora, 2014, p. 166.

<sup>85</sup> GUASTINI, Riccardo. Interpretare e Argomentare. Milano: Giuffrè, 2011, p. 47.

<sup>86</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica. São Paulo: Malheiros Editora, 2014, p. 166.

<sup>87</sup> Ibidem, Loc. cit.

<sup>88</sup> GUASTINI, Riccardo. Interpretare e Argomentare. Milano: Giuffrè, 2011, p. 53.



incluam, menor o referimento. Quanto menos atributos, maior o referimento. Por exemplo, se definimos planeta como um corpo celeste opaco que gira em torno de uma estrela, temos Júpiter, Saturno, Terra, etc., onde “corpo celeste opaco que gira em torno de uma estrela” é o significado, e, Júpiter, Saturno, Terra compõem o referimento. Se, diminuísimos os atributos do significado, para dizer somente que planeta é um corpo celeste opaco – excluindo o fato de girar em torno de um estrela, poderíamos incluir aí a também a lua.<sup>89</sup> Todos os predicados têm um referimento dúbio ou aberto (*open textured*) e neste sentido são afetados pela vagueza extensiva. Por outro lado, a vagueza extensiva depende da incerteza acerca dos atributos que um objeto deve ter para pertencer à classe da qual se trata, ou seja depende da vagueza intencional do predicado em questão. Por consequência, dada uma norma qualquer, existirão casos aos quais esta é certamente aplicável; casos em que certamente ela não é aplicável e, finalmente, os casos dúbios ou *hard cases*, para os quais a aplicabilidade das normas é discutível.<sup>90</sup> A vagueza, ou *open texture* (textura aberta), é uma propriedade objetiva da linguagem, e não somente da linguagem jurídica: todos os predicados em sentido logico compartilham desta propriedade. A vagueza não depende das técnicas interpretativas ou da dogmática: não pode ser eliminada, apenas diminuída, através de definições. A interpretação “em concreto” reduz a indeterminação das normas.<sup>91</sup> Neste contexto, deve-se distinguir entre *conceitos jurídicos indeterminados* e *cláusulas gerais*. Naqueles, há termos indeterminados previstos no suporte fático, onde as consequências jurídicas encontram-se pré-determinadas. Tratam-se de estruturas normativas completas. Nas cláusulas gerais, a estrutura deve ser completada pelo interprete, uma vez que não há previsão, na norma, das consequências jurídicas.<sup>92</sup>

Tendo em vista as concepções de direito expostas, percebe-se que segurança jurídica pode dizer respeito a, “de um lado, segurança de um objeto (um resultado revelado pela norma); de outro, segurança de *uma atividade relativa a um objeto* (meio mediante o qual se reconstrói um sentido normativo). ”<sup>93</sup> Para a primeira concepção, portanto, segurança jurídica seria um ideal de certeza do direito, para que o cidadão possa prever qual o significado do texto normativo objetivando comportar-se de maneira conforme, sabendo de antemão as consequências dos seus atos. Assim, a segurança refere-se ao conteúdo da norma e previsão de

---

<sup>89</sup> Ibidem, Loc. cit.

<sup>90</sup> Ibidem, p. 54.

<sup>91</sup> Ibidem, p. 56.

<sup>92</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 143.

<sup>93</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica. São Paulo: Malheiros Editora, 2014, p. 166.

consequências dos atos praticados. Não há aqui nenhuma margem de indeterminação.<sup>94</sup> Desta forma, afirma Humberto Ávila que:

A esses conceitos classificatórios de segurança jurídica corresponde uma *concepção objetivista de interpretação*, focada no *resultado*, no sentido de que cabe ao intérprete, por meio de uma atividade estática e determinista, centrada em aspectos exclusivamente semânticos, apenas revelar um conteúdo normativo preexistente ao próprio processo de interpretação. Como decorrência disso, a própria concepção de segurança jurídica é dual, visto que se baseia nos extremos segurança/insegurança (certeza/incerteza).<sup>95</sup>

Já para a segunda concepção, pode se dizer que a segurança jurídica seria “representativa de um estado ideal de certeza (relativa) como a possibilidade de o cidadão conseguir prever, com alto grau de determinação, o conteúdo das normas materiais e procedimentais a que está e a que estará sujeito, ou a estrutura argumentativa por meio da qual o conteúdo dessas normas é determinado.”<sup>96</sup> “No tocante ao processo de argumentação jurídica, o conceito de segurança é argumentativo, baseado em critérios intersubjetivamente controláveis. Segurança jurídica, nessa acepção, é, acima de tudo, controle racional de arbitrariedade argumentativa.”<sup>97</sup> A atividade do intérprete é focada não somente na questão semântica, mas também em estruturas argumentativas, para “reconstruir um conteúdo normativo a partir de núcleos semânticos gerais mínimos.” É possível determinar antecipadamente somente as possibilidades mínimas de significado. O direito é visto então como uma “atividade” interpretativa e aplicativa.<sup>98</sup> Os significados atribuídos ao texto normativo devem ser “determinados mediante estruturas argumentativas fornecidas por metanormas de interpretação, como os postulados da proporcionalidade, da coerência e da razoabilidade”.<sup>99</sup> Esta é uma “concepção procedimental de interpretação baseada em procedimentos racionais.” Assim, ao invés de se entender segurança jurídica como existente ou inexistente, ou seja, havendo ou não certeza do direito haverá ou não segurança jurídica, entende-se que esta poderá estar presente *em maior ou menor grau*, podendo-se falar em pouca, muita ou nenhuma segurança jurídica.<sup>100</sup> Assim, o cidadão deve ser capaz de compreender os sentidos possíveis do texto normativo “a partir de núcleos de significação a serem reconstruídos por meio de processos argumentativos intersubjetivamente controláveis.”<sup>101</sup> Neste sentido pode haver determinabilidade do direito, ou seja, dos conteúdos normativos. Assim, poderá

---

<sup>94</sup> Ibidem, p. 182.

<sup>95</sup> Ibidem, Loc. cit.

<sup>96</sup> Ibidem, p. 183.

<sup>97</sup> Ibidem, Loc. cit.

<sup>98</sup> Ibidem, Loc. cit.

<sup>99</sup> Ibidem, p. 184.

<sup>100</sup> Ibidem, Loc. cit.

<sup>101</sup> Ibidem, p. 137.

haver cognoscibilidade na medida em que o sujeito pode conhecer os possíveis conteúdos normativos do texto normativo e/ou das “práticas argumentativas destinadas a reconstruí-los.”

102

Por todo exposto, pode-se concluir, com Humberto Ávila, que se deve falar em segurança de *aplicação* das normas ao invés de segurança das normas, ou seja, segurança acerca dos elementos argumentativos e processuais. Os elementos argumentativos referem-se à utilização de estruturas claras de raciocínio jurídico, com a utilização de premissas e conclusões embasadas no ordenamento e também com a obediência à critérios racionais de argumentação que tenham, por sua vez, consistência formal e material.<sup>103</sup> É errôneo partir-se de uma concepção semântica de objetividade, ou seja, com a exclusão de qualquer influência subjetiva do interprete, devendo-se utilizar uma perspectiva de objetividade discursiva, onde a “controlabilidade semântico-argumentativa do discurso prático do direito” é que pode proporcionar segurança.”<sup>104</sup>

As diversas concepções de segurança jurídica permitem notar, ainda que, sob todos os planos de análise, esta será tanto melhor atingida quanto mais for dada unidade ao direito mediante a outorga de sentido aos textos normativos. Como adiante se verifica, esta deve ser reconhecida como uma das funções da atividade jurisdicional do estado.

C) A Jurisdição e o Precedente, o Conteúdo do Contraditório e a Dimensão da Fundamentação.

A concepção do direito como tendo caráter lógico-argumentativo, bem como as devidas distinções entre texto e norma, não permitem mais entender a jurisdição como atividade de declaração do direito ou de criação da norma individual para o caso concreto. A atividade jurisdicional deve ser entendida não como meramente descritiva e nem como criadora do direito, mas, sim como uma atividade de “reconstrução interpretativa mediante *um processo estruturalmente guiado pela argumentação jurídica.*”<sup>105</sup> Assim, o juiz/interprete “não só constrói, mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso”<sup>106</sup>, e sua atividade interpretativa “é uma atividade que colabora com a própria conformação da norma, outorgando significado ao seu texto.”<sup>107</sup>

---

<sup>102</sup> Ibidem, Loc. cit.

<sup>103</sup> Ibidem, p. 156.

<sup>104</sup> Ibidem, p. 159.

<sup>105</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 157.

<sup>106</sup> Ibidem, p. 53.

<sup>107</sup> Ibidem, p. 109.

O processo de constitucionalização ocorrido no período pós Segunda Guerra Mundial trouxe em seu bojo o objetivo de trazer substancialidade aos direitos, marcado que foi este período pelo trauma gerado por regras formais incapazes de garantir o mínimo respeito a direitos fundamentais. Dessa forma, o Estado Constitucional nasce tendo por base dos direitos fundamentais e princípios de justiça, em especial o respeito à dignidade, liberdade e igualdade.<sup>108</sup>

A reconstrução dos sentidos normativos mediante a interpretação deve partir sempre dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, cabendo ao juiz, antes de tudo dar tutela concreta ao direito material. Os princípios ganham força normativa, deixando de ser somente valores, mas sendo elemento balizador a dar “dinâmica unidade e harmonia ao sistema”, devendo o interprete “colocar a lei na perspectiva” dos princípios constitucionais, os quais vinculam a interpretação.<sup>109</sup> Assim, tendo a lei uma “textura aberta”,<sup>110</sup> constituindo-se em uma “moldura”<sup>111</sup> cujas possibilidades encontram-se todas conforme o direito, os princípios passam a atuar na sua interpretação, guiando as escolhas interpretativas. Diz-se, assim, que existem normas de primeiro grau, que são as regras e os princípios e normas de segundo grau, ou metanormas, que são os postulados normativos. As regras podem ser definidas como normas descritivas, que prescrevem um comportamento a ser observado e os princípios como normas finalísticas, que estabelecem um estado ideal de coisas a ser promovido.<sup>112</sup> Já os postulados normativos são definidos como “deveres estruturantes da aplicação de outras normas”<sup>113</sup>. Além dos princípios, passam a guiar e nortear o processo de interpretação e aplicação do direito, os direitos fundamentais, entendidos em sentido formal e material, ligados, assim, tanto ao direito constitucional positivo, com um regime jurídico definido a partir da própria constituição, quanto ao conteúdo dos direitos, contendo decisões fundamentais ligadas à dignidade da pessoa humana como elemento central do ordenamento.<sup>114</sup>

Dentro deste quadro, grita a necessidade de tutelar efetivamente os direitos, em especial os direitos fundamentais. Este, o direito à tutela justa, efetiva e tempestiva passa a ser, assim, um direito fundamental em si mesmo.<sup>115</sup> Conforme Marinoni Arenhart e Mitidiero: “O estado tem o dever de prestar a tutela jurisdicional prometida pelos direitos, transindividuais e

---

<sup>108</sup> Ibidem.

<sup>109</sup> Ibidem.

<sup>110</sup> HART, H.L.A. O Conceito de Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>111</sup> KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 8ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

<sup>112</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16 ed. São Paulo. Malheiros, 2015.

<sup>113</sup> Ibidem, p.177.

<sup>114</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 319 a 320.

<sup>115</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Op. cit.

individuais.”<sup>116</sup> Eis, portanto, a primeira função da jurisdição no Estado Constitucional: a tutela concreta dos direitos.<sup>117</sup> No cumprimento de tal função não basta a declaração da norma do caso concreto, cabendo ao juiz “[...] atribuir sentidos aos textos jurídicos e ao caso, definindo as suas necessidades concretas, para então buscar no sistema jurídico a regulação da situação que lhe foi apresentada, ainda que tudo isso obviamente deva ser feito sempre a partir da Constituição.”<sup>118</sup>

Além disto, a jurisdição tem a função de dar *unidade* ao direito mediante a formação de precedentes, entendidos como “as razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais.” Os precedentes não se confundem com as decisões judiciais, são a partir delas formados, trabalhando para a “determinação do direito e para sua previsibilidade.” Respeitar o precedente significa respeitar a sua *ratio decidendi*, ou seja, respeitar as “razões necessárias e suficientes constantes na justificação judicial ofertadas pelas cortes supremas para solução de determinada questão de um caso.”<sup>119</sup> Portanto, os precedentes emanam das cortes supremas e são sempre vinculantes.<sup>120</sup> As Cortes Supremas são aquelas cortes que, sejam cortes de vértice ou cortes constitucionais, são responsáveis por orientar a aplicação do direito por meio dos precedentes, a partir de casos “que revelem fundamental importância para a consecução da unidade do direito.” Se caracterizam por pressupor a distinção entre texto e norma, adotar a teoria lógico-argumentativa do caráter do direito, entendendo-se a jurisdição como “atividade de reconstrução da ordem jurídica mediante outorga de sentidos a textos e elementos não textuais do nosso sistema jurídico.” Atuam com vistas ao futuro, sendo que suas decisões vinculam “*toda a sociedade civil e todos os órgãos do Poder Judiciário*, constituindo o *precedente fonte primária do Direito*.”<sup>121</sup> No Brasil, cumprem esta função o STF para questões constitucionais e o STJ para questões infraconstitucionais.

O Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105 de 2015 positivou no seu artigo 926 a necessidade de as cortes supremas darem unidade ao direito, promovendo a liberdade e a igualdade, bem como determinou, no artigo 927, que a forma para tanto é o precedente.<sup>122</sup>

Desse modo, podemos concluir, com Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

Partindo-se dessas significativas transformações do pano de fundo com que trabalha o processo civil, é possível visualizar esses dois importantes discursos que o processo civil deve ser capaz de empreender na nossa ordem jurídica a

---

<sup>116</sup> Ibidem, p. 160.

<sup>117</sup> Ibidem, p. 156 a 163.

<sup>118</sup> Ibidem, p. 157.

<sup>119</sup> MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 110.

<sup>120</sup> Ibidem.

<sup>121</sup> MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 55.

<sup>122</sup> MITIDIERO, Daniel. Precedentes: da persuasão à vinculação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 85.

fim de que essa se consubstancie em uma ordem realmente idônea para tutela dos direitos. A jurisdição não tem compromisso apenas com a resolução de casos concretos (prolação de uma decisão justa e adequada e tempestivamente efetivável), mas também tem compromisso com a cognoscibilidade, com a estabilidade e com a confiabilidade da ordem jurídica como um todo (formação e superação de precedentes).<sup>123</sup>

De outra banda, as transformações ocorridas ao longo do século XX demonstram a necessidade de adoção de um modelo de processo pautado pela colaboração. Em decorrência dos novos estudos de interpretação, ressurge o caráter problemático do direito e, com isto, a relevância da argumentação jurídica. Assim, deve ser reconhecida a necessidade de garantir às partes os poderes para manifestarem-se e influenciar no julgamento, uma vez reconhecido seu direito de “valorar o material jurídico da causa”. O conceito de processo no Estado Constitucional está construído sobre a base do direito fundamental ao contraditório, assim que “*não há processo sem contraditório*”, sob pena de nulidade.<sup>124</sup> Modernamente, prevalece a visão de que o contraditório tem como “*núcleo-duro*” a ideia de *participação*. Conforme Marinoni e Mitidiero, o contraditório “*Significa participar do processo e influir nos seus rumos. Isto é: direito de influência.*”<sup>125</sup> O direito ao contraditório passa, assim, a atingir e onerar também o juiz, devendo este àquele se submeter.<sup>126</sup> É o direito de “influenciar efetivamente o juízo sobre as questões da causa” tanto sobre questões de fato quanto sobre questões jurídicas, materiais ou processuais. Adota-se no Estado Constitucional uma concepção de contraditório forte, o que foi encampado pelo Novo Código de Processo Civil brasileiro nos artigos 9.º, 10 e 489, § 1.º, IV. Há uma redistribuição das posições jurídicas das partes e do juiz. Quanto à interpretação e aplicação do direito, há uma revisão crítica sobre os brocardos *Da mihi factum, dabo tibi ius* e *Iuria novit curia*. Estes aforismos espelham o entendimento de que cabe às partes apresentarem os fatos e ao juiz conhecer o direito, competindo-lhe, portanto, somente “valorar juridicamente os fatos alegados pelas partes”. Evidente que não cabe às partes somente as alegações de fato, devendo ser-lhes reconhecido o direito de se manifestar quanto a “valoração jurídica da causa, tendo o juiz o dever de submeter ao diálogo a sua visão jurídica das questões postas em juízo, mesmo sobre aqueles que deve conhecer de ofício (art. 10 do CPC/2015).”<sup>127</sup> Isto porque, abandonando-se o cognitivismo interpretativo, reconhece-se a necessidade da argumentação no processo, da qual devem participar as partes. Desse modo, a participação

<sup>123</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 152.

<sup>124</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 767.

<sup>125</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 768.

<sup>126</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., Loc. cit.

<sup>127</sup> MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. 3. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 88 e 89.

realiza o direito fundamental ao contraditório, que “entendido como direito a influenciar a formação da decisão jurisdicional (arts. 5.º, LV, e 93 IX, da CF/1988, 9.º, 10 e 489, § 1.º IV, do CPC/2015), outorga sustentação teórica a essa ideia.”<sup>128</sup>

Por esta nova visão, uma das chaves de leitura do NCPC, o processo ganha uma nova dinâmica, decorrendo daí que todas decisões definitivas devem se calcar em questões previamente debatidas entre as partes, vedando-se as decisões surpresa.<sup>129</sup> Deve-se possibilitar às partes que se pronunciem sobre todos os pontos da decisão, inclusive sobre as questões relativas à ordem jurídica a ser interpretada e aplicada no caso concreto. Tais deveres de diálogo e consulta são previstos em diversos ordenamentos.<sup>130</sup> Conforme leciona Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

O diálogo judicial torna-se, no fundo, dentro dessa perspectiva, autêntica garantia de democratização do processo, a impedir que o poder do órgão judicial e a aplicação da regra *iura novit curia* redundem em instrumento de opressão e autoritarismo, servindo às vezes a um mal explicado tecnicismo, com obstrução à efetiva e correta aplicação do direito e à justiça do caso.<sup>131</sup>

Além disto, para que haja um controle da efetiva realização do contraditório em sentido forte, este deve ser comprovado. O dever de motivação das decisões judiciais e o direito ao contraditório são intimamente ligados. É mediante a motivação que podemos verificar o respeito ao contraditório.<sup>132</sup> Este dever está previsto na Constituição no Art. 93, IX. No CPC/2015 está expresso no art. 489, II e no CPP, Art. 381, III.

O art. 489, § 1º do CPC/2015 trata do conteúdo da motivação da sentença. O inciso I do referido dispositivo determina que o juiz deve realizar a individualização das normas aplicáveis, não sendo suficiente a mera indicação, reprodução ou paráfrase do ato normativo. Assim, não basta a reprodução do *texto*, sendo necessária a sua interpretação, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, para chegar-se a *norma* aplicável ao caso. Esta atividade deve ser justificada mediante a demonstração das razões pelas quais as circunstâncias específicas do caso em análise exigem o recorte legislativo realizado e os significados a este atribuído para a resolução da causa. Do mesmo modo, quanto ao inciso II, que versa sobre os termos vagos. Devem ser a estes atribuídos um significado, demonstrando-se a adequação deste último ao caso concreto, do contrário não é perfectibilizada a individualização da norma. O mesmo problema

<sup>128</sup> Ibidem, p. 143.

<sup>129</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. Op. Cit., p. 768.

<sup>130</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016; MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. 3. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>131</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO. A garantia do Contraditório. 1998. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/oliveir1.htm>>. Acesso em: 1º jun. 2016.

<sup>132</sup> SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Op. Cit., p. 787.

haverá na ocorrência da hipótese prevista no inciso V, que afirma serem consideradas não fundamentadas as decisões que invocarem precedentes sem demonstrar a identidade ou semelhança do caso com aqueles, bem como na hipótese do inciso VI, i.e., em caso de não justificativa quanto à distinção ou superação do entendimento de precedente invocado pela parte. Também nestes casos não terá ocorrido a necessária individualização da norma. O problema relativo à individualização da norma também é refletido nos artigos 9.º e 10 do NCPC, na medida em que ao proibir que seja proferida decisão contra a parte sem que seja ela ouvida e ao proibir que se decida com base em fundamento sobre o qual não se tenha oportunizado às partes se manifestarem, o Código está a exigir que as partes participem do processo de individualização da norma aplicável, devendo estas serem ouvidas no que tange à escolha do material jurídico a ser utilizado na decisão. Desse modo, nasce para as partes uma expectativa legítima de que a fundamentação da decisão se contere à “moldura delineada pelo debate processual”, a qual é determinada pelo direito à segurança jurídica que proíbe as “*decisões-surpresa*”.

Outrossim, conforme suficientemente estabelecido, o NCPC reconhece a dimensão argumentativa necessária à interpretação do direito, motivo pelo qual considera não motivadas as decisões que se prestariam a justificar qualquer outra decisão, conforme art. 489, §1º, III e as que não enfrentarem todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador, art. 489, §1º, IV.<sup>133</sup> Há um dever de debate que gera a necessidade de haver o enfrentamento de todos os argumentos aduzidos pelas partes. As partes devem ser ouvidas sobre qualquer ponto que sirva de base para a decisão do juiz, mesmo quanto às questões que o juiz pode decidir de ofício (arts. 9.º, 10 e 489, § 1º, do CPC/2015). Não somente sobre as questões de fato, mas também acerca do entendimento jurídico. A decisão somente é dotada de completude se houver o enfrentamento de todas as alegações das partes.<sup>134</sup>

Nota-se, assim, que o Código visa a contemplar um conteúdo mínimo de motivação, pois mediante as exigências constantes no Art. 489, § 1º, objetiva garantir: a uma, a explicitação das escolhas realizadas quanto à “[...] individualização das normas aplicáveis, verificação dos fatos, qualificação jurídica do caso concreto e consequências jurídicas daí derivadas”, a duas, “[...] o contexto dos nexos de implicação e de coerência entre os enunciados de fato e de direito” e, finalmente, a três, “a justificação de cada um dos enunciados a partir de critérios de juízo segundo os quais as escolhas do juiz parecem racionalmente corretas”.<sup>135</sup> O primeiro ponto

---

<sup>133</sup> MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. 3. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 146 a 153.

<sup>134</sup> *Ibidem*, p. 146 a 149.

<sup>135</sup> TARUFFO, Michelle. A Motivação da Sentença Civil. Tradução Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 387.



representa as premissas fáticas e jurídicas em que o julgador baseia sua conclusão, portanto evidente a necessidade de sua explicitação para permitir que seja realizada a correção lógico-jurídica da decisão. A sua falta representa, além disto, a conseqüente ausência dos outros dois pontos, uma vez que fica prejudicado o esquema lógico da decisão referido no segundo ponto e a necessária justificação racional da escolha das premissas referida no terceiro ponto. De outra banda, pode a fundamentação não demonstrar a necessária conexão lógica entre as premissas e as conclusões no caso em que haja contraste entre estas e aquelas ou, ainda, quando “a decisão não pode ser entendida como uma consequência dos pressupostos de fato e de direito enunciados pelo juiz,” mostrando-se estes, assim, irrelevantes para a decisão. Isto ocorrendo, a decisão não será “controlável sob o perfil das razões que deveriam justificá-la.”<sup>136</sup> O terceiro ponto é exigência da necessidade de controlabilidade, uma vez que as premissas do primeiro ponto se tratam de escolhas feitas pelo interprete e, sendo assim, estas somente serão consideradas válidas se for verificada a sua validade a partir de cânones de juízo que as determinam. Do contrário não haverá fundamento racional das premissas, prejudicando-se o controle da correção lógico-jurídica da sentença.<sup>137</sup>

Sendo isto cumprido, atende-se à noção de *motivação analítica*, que se pode extrair das diversas disposições legislativas dos estados de direito contemporâneos, do qual é exemplo o Novo Código de Processo Civil, e que tem raízes nos melhores entendimentos doutrinário e jurisprudencial. Para esta noção de motivação, uma sentença está devidamente motivada se cada uma das decisões judiciais nesta contidas puder ser *racionalmente justificada*.<sup>138</sup> A *justificação racional* da decisão pode ser subdividida em *justificação interna* e *justificação externa*, espelhando-se o caráter *lógico-argumentativo* do direito. Diz-se que há *justificação interna* quando “o dispositivo decorre logicamente da fundamentação”, devendo estar presentes, a *correção lógica* e *completude* de fundamentação, esta última entendida como direito de influência e diálogo judicial que coloca o juiz como um dos sujeitos do contraditório. É, portanto, “uma justificação *formal* que responde à *necessidade de não contradição*”, onde aplica-se a *lógica* e é empregado raciocínio *dedutivo*. Justificação externa é a *justificação material* que “responde a necessidade de adoção de *razões suficientes*” e existe quando as premissas adotadas são adequadas, devendo-se comprovar tal adequação, mediante a

---

<sup>136</sup> Ibidem, p. 388.

<sup>137</sup> Ibidem, p. 389.

<sup>138</sup> CHIASSONI, Pierluigi. Técnica dell'interpretazione giuridica. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 13.

*argumentação*, com análise de fatos e normas, “no qual o julgador individualiza, valora e decide de forma não-dedutiva”.<sup>139</sup> Conforme leciona Daniel Mitidiero:

Como campo próprio da argumentação jurídica, entram em consideração na justificação externa, as normas jurídicas, as normas sobre interpretação, as normas preferenciais argumentativas e as construções doutrinárias. Em outras palavras, encontra-se no âmbito da justificação externa o *material* que se encontra à disposição do intérprete para consecução do processo interpretativo.<sup>140</sup>

Como visto, assim, também a exigência da devida fundamentação da decisão judicial adotada pelo NCPC com os elementos mínimos acima apresentados pode ser ligada à uma nova percepção sobre a interpretação das normas jurídicas, exigindo-se desta uma justificação racional para que possa ser intersubjetivamente controlável,<sup>141</sup> na medida em que estarão sempre presentes escolhas no processo interpretativo.

Destarte, verifica-se que, se texto e norma não se confundem, e a interpretação do direito significa a reconstrução do sentido normativo através de critérios intersubjetivamente controláveis, a atividade jurisdicional contribui para este processo ao aplicar o direito. Ao fazê-lo, está cumprindo uma dúplici função, tutelar os direitos no caso concreto e dar unidade ao direito mediante o estabelecimento dos precedentes. Em ambos os casos, o julgador realiza a atividade interpretativa na qual realiza uma valoração dos resultados possíveis de se atribuir às normas, escolhendo o resultado mais adequado. Esta valoração e escolha devem ser devidamente justificadas mediante a lógica e a argumentação jurídica, ou seja, a decisão deve necessariamente racionalmente justificada. Mas para que haja completude da fundamentação, justamente por se reconhecer o caráter indeterminado e argumentativo do direito, deve ser garantido o contraditório em sentido forte, enfrentando-se todos os argumentos levantados pelas partes, oportunizando-se a estas o direito de se manifestarem quanto à visão jurídica do julgador, devendo o juiz certificar-se de que foi respeitado o direito às partes de influenciar a decisão judicial também quanto às questões de direito.

## CONCLUSÃO

Podemos, por todo exposto, concluir, em primeiro lugar, que deve ser admitido o caráter argumentativo do direito, tendo em vista que *aprioristicamente* é impossível atribuir um único sentido “correto”, “verdadeiro” ou “justo” à norma (texto normativo). Os ideais do Estado

---

<sup>139</sup> MITIDIERO, DANIEL. Precedentes: da persuasão à vinculação. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016. p. 69 e MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 117.

<sup>140</sup> MITIDIERO, DANIEL. Precedentes: da persuasão à vinculação. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016. p. 68.

<sup>141</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 117.

Legislativo liberal, para o qual o juiz apenas declara a norma preexistente não são suficientes para garantir a segurança jurídica. O cognitivismo interpretativo e a logicismo aplicativo se mostram como critérios falaciosos no momento em que se percebe que, se a norma não é equivalente ao texto, dependendo este da interpretação para se chegar a norma, evidente que não basta demonstrar apenas a validade do raciocínio que leva das premissas à conclusão, mediante um silogismo judicial.

Tendo em vista que o jurista deve optar dentre os significados possíveis (já Kelsen trazia a ideia da moldura dentro da qual se inserem as possíveis alternativas de sentido), a norma é, desta maneira, o resultado da interpretação. Desta forma, o juiz, opera uma reconstrução do direito a cada decisão. Tal reconstrução deve necessariamente ser acompanhada da argumentação, que deve seguir determinados critérios de interpretação intersubjetivamente controláveis. Além disso, podemos concluir, com Humberto Ávila, que tal caráter argumentativo e a necessidade de ressignificação quando da decisão judicial não inviabiliza a ideia de segurança jurídica, uma vez que:

a compreensão do Direito como uma prática argumentativa e a aceitação de que a norma não envolve apenas um sentido, mas sentidos normativos alternativos, tudo isso não impede a persecução dos ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade. Isso porque, de um lado, o caráter argumentativo do Direito é limitado por postulados hermenêuticos e aplicativos que diminuem, sobretudo, o âmbito decisional, como é o caso dos postulados (ou metanormas de aplicação) da proporcionalidade e da razoabilidade; e, de outro, porque o espectro em que se situam as consequências normativas alternativas é limitado por meio da prática doutrinária e jurisprudencial, que paulatinamente, vai qualificando algumas opções de sentido como sendo as mais corretas ou as mais fortemente suportadas pelo ordenamento constitucional.<sup>142</sup>

Destarte, podemos afirmar que a conclusão de que a interpretação depende de escolhas do interprete e da sua contribuição para a reconstrução do direito não nos tolhe a possibilidade de ter segurança jurídica, mas, ao contrário, permite melhor controlar a sua presença, pois preferível passar à verificação da existência ou não de critérios de racionais de argumentação intersubjetivamente controláveis a fechar os olhos à realidade e acreditar na “certeza” de um direito totalmente “cognoscível”, “objetivo”, passível de somente uma interpretação “correta”.

Ademais, deve-se identificar na função jurisdicional um duplo discurso, tendo esta as funções de dar tutela aos direitos e dar unidade ao direito mediante o estabelecimento de precedentes, contribuindo para promoção da segurança jurídica. Outorgando-se sentido aos

---

<sup>142</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica. São Paulo: Malheiros Editora, 2014, p. 185.

textos normativos mediante os precedentes vinculantes contribui-se para a cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do direito.

Por fim, se a jurisdição outorga sentido ao direito, mediante a interpretação, imperioso que tenham as partes o direito de influenciar a decisão também quanto a questões de direito, mediante um contraditório em sentido forte, no qual as partes participem do processo, manifestando-se sobre todos os pontos a serem usados de base para a decisão, inclusive quanto à visão jurídica a ser utilizada para a decisão da causa e mesmo sobre pontos que o juiz possa decidir de ofício. O contraditório estende-se também ao juiz, não se limitando às partes. Refletem-se essas necessidades no dever de fundamentação analítica da decisão judicial. O contraditório deve ser verificado mediante o enfrentamento pelo juiz de todos os argumentos deduzidos pelas partes capazes de infirmar o resultado final da decisão, tendo o juiz o dever de justificação interna e externa, demonstrando tanto que das premissas decorre a sua conclusão, quanto a validade das suas premissas de fato e de direito mediante a argumentação jurídica.

## REFERÊNCIAS

- ALVARO DE OLIVEIRA, CARLOS ALBERTO. **A garantia do Contraditório**. 1998. Disponível em: < <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/oliveir1.htm>>. Acesso em: 1º jun. 2016.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria da Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16 ed. São Paulo. Malheiros, 2015.
- CHIASSONI, Pierluigi. **Técnica dell'interpretazione giuridica**. Bologna: Il Mulino, 2007.
- GRAU, Eros Roberto. **Por que Tenho Medo dos Juízes (a interpretação/aplicação do direito e os Princípios)** São Paulo, 2014.
- GUASTINI, Riccardo. **Das Fontes às Normas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- GUASTINI, Riccardo. **Interpretare e Argomentare**. Milano: Giuffrè, 2011.
- HART, H.L.A. **O Conceito de Direito**. 15ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil. Volume 1: Teoria do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos**. 3. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.
- TARELLO, Giovanni. **Diritto, Enunciati, Usi**. Bologna: Il Mulino, 1974.
- TARELLO, Giovanni. **L'Interpretazione della Legge**. Milano: Giuffrè, 1980.

TARUFFO, Michelle. **A Motivação da Sentença Civil.** (Tradução Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015.