

# Os limites linguístico-legislativos da discricionariedade judicial

Pedro Henrique Pedrosa Nogueira

## Sumário

1. Introdução. 2. O antigo dilema hermenêutico: *mens legis* e *mens legislatoris*. 3. A norma jurídica como proposição. 3.1. Níveis da linguagem do direito (linguagem-objeto e metalinguagem). 4. O papel da interpretação jurídica. 5. Discricionariedade no ato de aplicação judicial do direito. 6. Jurisdição e criação do direito. 7. Texto, norma e interpretação judicial. 8. Conclusão.

## 1. Introdução

Durante o século XIX, após o surgimento das primeiras codificações europeias, sobretudo com o advento do Código Civil da França de 1804, predominou a estipulação de pautas normativas de conduta em termos gerais e abstratos. Na própria ideologia da codificação, estavam presentes a concepção de exatidão (o código dispensaria até mesmo a interpretação para ser aplicado) e a de completude (o código seria capaz de regular todos os fatos da vida).

A lei geral e abstrata, positivada nos códigos, tinha primazia sobre qualquer outra fonte do direito. O juiz era submisso à lei e a atividade judicial de aplicação do direito se resumiria a uma operação de silogismo; o juiz era tido como a “boca da lei”. Como resume Hierro (1996, p. 290), “la ley es la fuente única, originária, suprema y omnipotente de creación del derecho”.

A partir do século XX, notadamente após a virada linguística, a concepção de

Pedro Henrique Pedrosa Nogueira é Doutorando em Direito (UFBA), Mestre em Direito (UFAL), professor de Direito Processual Civil da SEUNE – Sociedade de Ensino Universitário do Nordeste (graduação), Professor de Direito Processual Civil do CESMAC – Centro de Estudos Superiores de Maceió (pós-graduação) e advogado em Maceió/AL.

interpretação e de aplicação do direito sofreu profundas transformações. Hoje, “a atividade judicial não se reduz a mera aplicação de Direito preexistente, sendo, na verdade, criativa, produtora de direito” (GUERRA FILHO, 1997, p. 37).

Hoje, interessa em maior medida à hermenêutica jurídica saber o que é e qual o papel da interpretação, em lugar de se buscar um método presumivelmente capaz de possibilitar uma interpretação como correta<sup>1</sup>.

Torna-se então problemática e atual a questão em torno da existência de limites para atuação do Poder Judiciário como intérprete do direito, principalmente quando se busca solucioná-la a partir da análise da linguagem. O problema da discricionariedade judicial tem sido tratado com vigor no âmbito da Filosofia do Direito, principalmente sob a perspectiva das teorias da justificação, com ênfase nos problemas ligados à legitimidade desse agir discricionário. Ao lado desse enfoque, mostra-se de grande interesse, também, a análise do tema da discricionariedade como um problema hermenêutico.

Assim, buscaremos aqui uma resposta à indagação seguinte: é possível encontrar, na própria linguagem do direito positivo, e no plano legislativo em sentido amplo, limites para a discricionariedade judicial?

## 2. O antigo dilema hermenêutico: *mens legis e mens legislatoris*

Durante os séculos XIX e XX, polemizou-se sobre o modelo hermenêutico a ser seguido pelo intérprete do direito na busca pelo sentido da norma. Assim, a doutrina se dividiu em dois grupos, conforme fosse a vontade do legislador (teoria subjetivista) ou a vontade da lei (teoria objetivista)

<sup>1</sup> Adverte Cappelletti (1999, p. 21): “O verdadeiro problema, portanto, não é o da clara oposição, na realidade inexistente, entre os conceitos de interpretação e criação do direito. O verdadeiro problema é outro, ou seja, o do grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciais”.

a sede para o sentido da norma (FERRAZ JR., 1995, p. 70).

Os objetivistas contestam os subjetivistas: i) afirmando que o legislador não pode ter vontade, por não ser uma pessoa fisicamente identificável; ii) pelo argumento da confiança, precisando o intérprete confiar na palavra da norma, que, em princípio, deve ser inteligível por si; iii) pelo argumento da integração, pois só com a consideração dos fatores objetivos em sua mutação se explica a criação de direito pela jurisprudência. Os subjetivistas contestam os objetivistas: i) pelo argumento de que o recurso à técnica histórica é incontornável; ii) os fatores que determinam a vontade objetiva da lei são passíveis de interpretação, o que colocaria a vontade do intérprete acima da vontade do legislador (Idem, p. 71).

Como obtempera Lenio Streck (1999, p. 80-81), essa polêmica, mesmo nos dias atuais, está longe de ser superada, até porque as duas correntes hermenêuticas estão arraigadas no plano das práticas cotidianas dos operadores do direito.

A problemática, contudo, segundo pondera Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1995, p. 72), acaba revelando um dos pressupostos básicos da hermenêutica jurídica. Quando se parte da observação de que o objeto da interpretação é o sentido expresso por determinado texto, que, por sua vez, foi condicionado por uma série de fatores passíveis de alterá-lo, coloca-se aqui o problema do ponto de partida da interpretação. Se interpretar é compreender outra interpretação (a fixada na norma), afirma-se a existência de dois atos: o que dá sentido à norma e o que tenta captá-lo.

No momento presente, principalmente após a chamada “guinada linguística”, passou-se a questionar com mais ênfase a própria natureza do ato interpretativo. Cuida-se de saber se a interpretação seria um ato de descoberta de um sentido prévio, ínsito à norma, ou aos enunciados normativos, ou de “adjudicação” ou construção de sentido.

### 3. A norma jurídica como proposição

O problema hermenêutico da discricionariedade judicial, para ser adequadamente resolvido, exige uma abordagem sobre o conceito de norma jurídica. Isso porque, se a discricionariedade é obtida a partir das normas que são o objeto da interpretação, o problema da conceituação de “norma” como categoria jurídica acaba sendo prévio ao problema de como se deva interpretá-la<sup>2</sup>.

Há diferentes pontos de vista sob os quais é possível conceituar norma jurídica. Partiremos do critério formal para defini-la, pondo assim em realce a sua estrutura, em detrimento de seu conteúdo<sup>3</sup>.

Dentro dessa perspectiva, a norma jurídica se apresenta como uma *proposição*, entendida como expressão de um pensamento ou juízo, isto é, como significado de alguma expressão linguística. Por isso, é necessário distinguir a fórmula linguística de uma determinada oração e o seu sentido, como adverte Lourival Vilanova (1982, p. 16): “Estrutura sintático-gramatical é a sentença ou a oração, modo expressional frástico (de frase) da síntese conceptual que é a norma”.

Em lógica tradicional, proposição é a estrutura em que se encontra a ligação de uma propriedade a um objeto (*v.g.* “a norma é eficaz”). Nessa perspectiva, é considerada como objeto de um discurso declarativo (apofântico), susceptível de verificação empírica. As proposições jurídicas, contudo, diferenciam-se das proposições declarati-

<sup>2</sup> Miguel Reale (1992, p. 235) adverte: “se todo processo de exegese pressupõe ou implica a análise da estrutura ou natureza daquilo que se quer interpretar, a pergunta sobre ‘como se interpreta uma norma jurídica?’, implica, quer se queira, quer não, esta outra fundamental: ‘que espécie de realidade é a norma jurídica?’”.

<sup>3</sup> Trata-se de opção metodológica. Não negamos a possibilidade de estudar a realidade complexa chamada “norma jurídica” sob outras perspectivas. Apenas aqui julgamos mais oportuno enfatizar os aspectos estrutural e linguístico da norma para, em seguida, abordarmos o tema da discricionariedade judicial.

vas, pois os enunciados a que se relacionam se inserem em um discurso prescritivo de situações objetivas, tendo como destinatário o homem e sua conduta no universo social (VILANOVA, 1997, p. 40); tais proposições prescritivas representam o campo próprio da lógica deontica.

As proposições em geral são construídas a partir das formas lógicas e as estruturas lógicas são formadas por variáveis (categoremas) e constantes (sincategoremas), ou operadores proposicionais. Tomando como exemplo a proposição: “a norma é eficaz”, temos os termos “a norma” e “eficaz” como variáveis lógicas e o conectivo “é”, como constante, funcionando como operador intraproposicional. Mediante formalização (processo de abstração lógica que consiste na substituição das variáveis proposicionais por símbolos), temos: *S é P*. As variáveis referem-se a objetos do mundo, enquanto as constantes relacionam entre si variáveis (no interior da mesma proposição) ou proposições (Idem, p. 48).

O traço diferencial das *proposições prescritivas* em relação às *proposições apofânticas* reside justamente no operador, pois naquela classe de proposição os termos são relacionados pelo conectivo *dever-ser*<sup>4</sup>. Esse *dever-ser*, tripartido nas modalidades obrigatório (O), proibido (V) e permitido (P), conduz a uma proposição deontica (ou prescritiva), gênero do qual a proposição prescritiva jurídica é espécie. Essas proposições (*v.g.* “é proibido estacionar”, “é permitido fumar”) não se submetem aos valores verdade/falsidade, próprios das proposições apofânticas; as proposições deonticas têm outra valência, pois não existem para descrever como é determinado objeto, mas sim para alterá-lo, estabelecendo como ele deva ser. “O direito não contempla a realidade, mas a cria para poder modificá-la” (IVO, 2006, p. 26).

O operador aparece como constitutivo da própria estrutura proposicional; sem ele, a proposição se desfaz (VILANOVA, 1997,

<sup>4</sup> Kant (2005, p. 44) já preconizava: “Todos os imperativos se expressam pelo verbo *dever* [sollen]”.

p. 42). Assim, *ser* e *dever-ser* são, do ponto de vista lógico, modos essencialmente diferentes, sendo possível que tenham o mesmo conteúdo e permaneça íntegra a diferença entre as proposições do ponto de vista modal. Assinala Kelsen (1986, p. 74) que pode o existente, ao mesmo tempo, não ser devido e, também, o devido, ao mesmo tempo, ser não-existente. Careceria de sentido, nessa linha de pensamento, afirmar que uma norma jurídica seja verdadeira ou falsa. Por isso, diz-se que as proposições normativas são válidas ou inválidas (VILANOVA, 1997, p. 80), tomando-se aqui o termo *validade* no sentido de existência específica da norma (KELSEN, 1986, p. 77).

As normas jurídicas apresentam, invariavelmente, em sua estrutura lógica, a descrição hipotética de um fato, ou conjunto de fatos, ao que se denomina “suporte fático”, “hipótese” ou “descriptor” e a imputação de consequências, denominadas “preceito”, “consequente” ou “prescritor”, para quando vier(em) a se concretizar aquele(s) fato(s) abstratamente contemplado(s), estando a hipótese e a consequência ligados pelo functor deontico interproposicional (operador) “deve-ser”, formalizando a relação de implicação entre a proposição-hipótese e a proposição-tese<sup>5</sup>: *deve-ser* se A, então B; ou a ocorrência da hipótese implica a tese, assim *deve-ser*; ou, ainda, em notação simbólica:  $D(H \rightarrow C)$ , em que “D” é operador *deve-ser*, “H” é a proposição hipótese, “C” a proposição consequente e “ $\rightarrow$ ” simboliza a implicação (se..., então...) (Cf. VILANOVA, 1997, p. 103-104).

Como observa Paulo de Barros Carvalho (2004, p. 9), as normas jurídicas possuem *homogeneidade sintática*, vez que a sua estruturação formal será sempre constante,

<sup>5</sup> “As normas jurídicas apresentam forma implicacional em que se enlaça certa consequência à realização condicional de determinado evento descrito no antecedente. A hipótese é a parte da norma descritora de uma situação de possível ocorrência no mundo. A consequência prescreve uma relação deontica” (IVO, 2006, p. 40).

e *heterogeneidade semântica*, pois o conteúdo de significação de cada um dos elementos integrativos da norma será necessariamente diverso, determinado conforme a natureza dos fatos e/ou das consequências previstas em cada uma, a fim de que a estrutura normativa em seu conjunto possa dar maior amplitude de cobertura para os múltiplos setores do convívio social.

A proposição não se confunde com a estrutura oracional de que é extraída. Disso resulta que pode haver diferentes formulações linguísticas expressando a mesma proposição. As expressões: “é proibido fumar” e “não é permitido fumar”, *v.g.*, se apresentam em diferentes fórmulas linguísticas, mas com o mesmo sentido; ambas indicam a proposição prescritiva da proibição da conduta de fumar, simbolizada em  $V(p)$ , em que  $V$  funciona como operador deontico (proibido, interdefinível pelo uso da negação com o modal permitido) e  $p$ , como variável lógica, substituindo a conduta proibida.

Do ponto de vista do direito, pode-se então dizer que a norma jurídica não deve ser confundida com o texto que a veicula. Os documentos normativos (constituição, leis, decretos etc.) não são normas jurídicas. Como asseveram E. Bulygin e C. Alchourron (1991, p. 442), “toda norma se formula o puede ser formulada en un lenguaje, pero la norma non es un conjunto de signos lingüísticos, sino el sentido que esos signos expresan”.

Também Alexy (2001, p. 54-55) assinala que a relação entre enunciado normativo e norma corresponde à que existe entre enunciado proposicional e proposição, salientando que os enunciados normativos sempre expressam algo que *deve ser*.

Por isso, pode-se ter um dispositivo legal veiculando várias normas e, ao mesmo tempo, vários dispositivos cujo sentido seja insuficiente para formar a unidade mínima e irreduzível de significação do deontico, na terminologia de Paulo de Barros Carvalho (2004, p. 21), isto é, uma estrutura proposi-

cional articulada no esquema formal-lógico  $D(H \rightarrow C)$ .

Sendo a norma uma proposição, essa estrutura estará coberta pela linguagem, vale dizer, pelas estruturas oracionais que se fazem presentes nos textos de direito positivo (VILANOVA, 1972, p. 344). Há, porém, normas veiculadas por meio de outros signos que não os textos escritos dos documentos oficiais, como as normas de trânsito postas em placas ou sinais visuais.

Essa concepção, chamada por García Amado (2003, p. 80) de “concepção linguística” da norma, porém, não deve supor que o significado da norma seja produto exclusivo do sujeito que realiza a interpretação e aplicação do direito – e aqui reside o problema fundamental da discricionariedade judicial, como será visto adiante.

### 3.1. Níveis da linguagem do direito (linguagem-objeto e metalinguagem)

É necessário ainda pôr em realce a distinção entre a linguagem do direito, como conjunto de enunciados prescritivos, e a linguagem da Ciência Jurídica, que fala a respeito de seu objeto; as proposições prescritivas das proposições descritivas, como preconiza Kelsen<sup>6</sup>. Os enunciados formulados pela Ciência Jurídica, com sua linguagem meramente descritiva, visam descrever o direito positivo que, por sua vez, mediante uma linguagem prescritiva, regula a conduta humana, proibindo, permitindo ou obrigando comportamentos.

Como salienta Santiago Nino (1974, p. 18), “las normas no son pasibles de ser calificadas como verdaderas o falsas, pero si como justas o injustas, convenientes o inconvenientes, oportunas o inoportunas, gravosas o tolerantes, razonadas o caprichosas, etcétera”.

<sup>6</sup> Às proposições prescritivas, Kelsen (1996, p. 80-83) dá o nome de normas, ou prescrições; às proposições descritivas da ciência, simplesmente “proposições”, no que é criticado por Lourival Vilanova (1997, p. 143), porquanto as normas de direito positivo também se apresentam como proposições.

São, portanto, dois níveis de linguagens: a linguagem-objeto (linguagem prescritiva) do direito positivo e a metalinguagem (linguagem descritiva) da Ciência Jurídica. Essa distinção, além de ser útil ao rigor da exposição por evitar a confusão de planos distintos de linguagem, serve para demonstrar que o direito admite, em seu interior, a existência de proposições prescritivas contraditórias entre si e o fato da contradição não é capaz de anular ou invalidar, por si só, as normas (proposições) contraditórias, pois esse é um problema meta-lógico, somente passível de ser solucionado pelo próprio direito positivo. No âmbito das proposições descritivas da Ciência Jurídica, a lei lógica de não-contradição impede a existência de proposições contraditórias entre si<sup>7</sup>, sendo certo que a contradição verificada no plano da linguagem-objeto não se transporta para a metalinguagem (VILANOVA, 1982, p. 19).

Essa diferenciação deixa claro também que o problema da discricionariedade se situa no plano da linguagem-objeto.

### 4. O papel da interpretação jurídica

Segundo Kelsen (1995), um fato do mundo exterior que se considera “fato jurídico” é um evento perceptível pelos sentidos, por ser uma parcela da natureza, determinado, assim, pela lei da causalidade. A sua fatuidade em si não tem qualquer relevância para o direito (situa-se no plano do “ser”). O que transforma esse fato em “jurídico” é, na verdade, a sua particular significação recebida por uma norma, de tal modo que o ato possa ser interpretado segundo ela. Nesse sentido, Kelsen (1995, p. 4) considera a norma como “um esquema de interpretação”.

Mas antes de buscar aprofundar a relação existente entre norma e interpretação, é conveniente precisar-se o significado

<sup>7</sup> No plano da metalinguagem, não há contradição em enunciar-se: (i) é válida (=pertencente a um dado sistema) a norma N e (ii) é válida a norma não-N; a contradição existe, porém, nos enunciados: (i) é válida a norma N e (ii) não é válida a norma N.

do verbo “interpretar”, que, de um modo geral, é utilizado em dois sentidos: ora se refere à atividade que consiste em determinar o significado de vocábulos, sintagmas ou enunciados completos, ora como o produto resultante dessa atividade. O resultado da atividade interpretativa, não obstante, sempre será um enunciado, ou uma pluralidade de enunciados (GUASTINI, 1999, p. 202-203).

Guastini (1999, p. 203) diferencia a *interpretação-conhecimento* da *interpretação-decisão*. A primeira consiste em conhecer ou descrever o significado de uma determinada expressão; a segunda corresponde a uma *estipulação*, uma atribuição de significado a determinada expressão com preferência sobre outros significados.

Para Norberto Bobbio (1999, p. 212), aludindo à noção de interpretação segundo o paradigma do positivismo jurídico, “interpretar significa remontar do signo (*signum*) à coisa significada (*designatum*), isto é, compreender o significado, individualizando a coisa por ele indicada”. Tal compreensão de significado, que termina por reduzir a interpretação judicial à interpretação-conhecimento, referida por Guastini (1999), acaba por estabelecer limites à própria atividade interpretativa.

Não por outra razão, Norberto Bobbio (1999, p. 214) afirma que a interpretação – e isso vale para a interpretação judicial –, apenas deve ser textual, ou até mesmo extratextual, porém nunca antitextual.

Embora se admita a existência de dois tipos de interpretação (interpretação-conhecimento e interpretação-decisão), a interpretação judicial, para Guastini (1999, p. 205), seria sempre do tipo interpretação-decisão (também chamada interpretação operativa), pois os juízes não se limitam a descrever o sentido de uma determinada expressão, mas escolhem um determinado sentido, com exceção das demais significações possíveis.

O próprio Kelsen (1995, p. 392-395) se para, de forma absoluta, a interpretação de

natureza cognoscitiva, que só teria lugar no plano da Ciência do Direito e dos destinatários das normas (sem caráter normativo, portanto), da chamada “interpretação autêntica”, que cria o direito, pois é feita por um órgão aplicador do direito (*v.g.*, o juiz). Enquanto a primeira apenas produz o conhecimento das várias possibilidades do ato a aplicar (a chamada “moldura kelseniana”), a segunda implica a produção de uma norma individual pelo aplicador do direito.

Lenio Streck (1999, p. 74) afirma que “o elo (imanência) que vinculava significante e significado está irremediavelmente perdido nos confins da viragem lingüística ocorrida no campo da filosofia”. Nessa perspectiva, o sentido dos enunciados presentes nos documentos normativos (leis, decretos etc.) seria atribuído pelo intérprete.

Sob outro prisma, porém, Betti (1975, p. 136-137) assinala que a interpretação é necessariamente criação, como é criação toda atividade espiritual que, se referindo a um ato precedente, não é uma simples reação passiva, nem mecânica, mas, pensando-o, desenvolve-o. Não se trata, contudo, de criação livre, arbitrária; para ele, a interpretação integradora “no es nunca, si quiere cumplir su tarea, una repetición mecánica y una traducción literal de las normas abstractas, en orden a una pura y simple ‘subsunción’ en ellas de los supuestos a decidir, como llegan a opinar los fanáticos del positivismo y de la certeza (*security*) de las leyes, secuaces de una concepción estática y antihistórica del Derecho positivo” (BETTI, 1975, p. 137-138).

Com essas considerações, é possível notar o vínculo do tema da interpretação/aplicação do direito com o problema da discricionariedade judicial<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Para muitos autores, a exemplo de Kelsen, como visto, o juiz, ao aplicar o direito, disporia de uma discricionariedade absoluta, isso porque o sentido da norma geral e abstrata (determinada a partir da constituição e das leis) seria o fixado pelo próprio aplicador na norma individual e concreta (veiculada pela sentença).

## 5. *Discretionariedade no ato de aplicação judicial do direito*

Segundo assinala Betti (1975, p. 143-144), sob a expressão “discretionariedade” podem-se compreender quatro fenômenos: a) uma discretionariedade soberana (absoluta), a legislativa e que, só excepcionalmente, pode ser delegada a órgão jurisdicional, que se faz possível a decisão por juízo de equidade; b) discretionariedade administrativa (pura), discutida amplamente no âmbito do direito administrativo; c) discretionariedade técnica; d) discretionariedade de caráter supletivo ou complementar, a serviço da adaptação e da especificação da norma à variabilidade dos tipos em função da determinação e da apreciação da hipótese concreta.

Não cogitaremos aqui da discretionariedade absoluta do legislador, que tem pouca relação com a interpretação (aplicação) judicial. Também não cuidaremos da discretionariedade tal como tratada no âmbito do Direito Administrativo, nem da discretionariedade técnica. Interessa-nos tão-somente a discretionariedade de caráter supletivo, própria da atividade judicial de aplicação do direito<sup>9</sup>.

Afirmar e admitir que a atividade interpretativa realizada pelos diversos órgãos jurisdicionais é criativa não importa reconhecer a ausência de limites a esse agir interpretativo. Oportuna, nesse sentido, se revela a advertência de Mauro Cappelletti (1999, p. 23): “o reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discretionariedade e assim de escolha –, não

deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete”.

Admitindo-se que a interpretação jurídica, realizada pelo juiz, encerra um ato de criação (embora não exclusivamente, pois admitimos a possibilidade de interpretação cognoscitiva mesmo no plano de aplicação judicial do direito), sem olvidar, contudo, a existência de limites a essa atividade criativa, é possível indagar sobre como seriam estabelecidas as limitações a esse agir.

Nesse sentido, parece-nos útil buscar os limites da discretionariedade judicial na própria linguagem do direito prescristivo (no plano da linguagem-objeto, como visto acima).

A partir dessa concepção, os enunciados normativos se apresentam como o lugar próprio para se estabelecer o âmbito da discretionariedade judicial, assim como, por conseguinte, os seus limites. Conforme adverte Guastini (1997, p. 122), os problemas fundamentais de toda interpretação nascem da vagueza e da ambiguidade dos textos sujeitos à interpretação.

A vagueza concerne ao significado dos vocábulos e sintagmas. A ambiguidade pode depender do significado dos vocábulos e sintagmas (ambiguidade semântica), da sintaxe dos enunciados (ambiguidade sintática) e do contexto do uso dos enunciados (ambiguidade pragmática). A vagueza é uma propriedade de *referência* dos predicados (*v.g.*, o predicado “calvo”. Quantos fios de cabelos se precisam perder para ser calvo?), enquanto a ambiguidade é uma propriedade não da referência, mas do *sentido* dos vocábulos (ambiguidade semântica) (GUASTINI, 1997, p. 123).

Um predicado é ambíguo quando uma certa pergunta admite mais de uma resposta (*v.g.* o predicado “doutor” pode designar os médicos, os portadores da titulação acadêmica etc.). A ambiguidade também pode acontecer no plano sintático, dependendo da estrutura lógica dos enunciados (*v.g.* no enunciado “os homens e as mulheres que tenham completado 50 anos

<sup>9</sup>Para Betti (1975, p. 147-154), essa “discretionariedade”, por ser subordinada e de caráter complementar ou supletivo, apresentar-se-ia não como uma autêntica apreciação discretionária, mas como verdadeira interpretação (diferentemente do que se dá com a discretionariedade legislativa e administrativa), salvo nos casos de sentenças dispositivas e de juízo de equidade, quando haveria, segundo ele, “discretionariedade de apreciação”.

podem-se aposentar”, a segunda oração pode-se referir só às mulheres ou a elas e aos homens da primeira oração). Um enunciado também pode-se apresentar pragmaticamente ambíguo quando puder ser usado para cumprir diferentes atos de fala (v.g. o enunciado “chegarei às 08:00h” pode ser uma promessa, uma advertência, uma previsão etc.) (Idem, p. 124-128).

É certo que o contexto às vezes elimina ou muitas vezes ajuda a reduzir o espaço de vagueza ou ambiguidade dos signos<sup>10</sup>. Não obstante, como vimos acima, mesmo em face de textos contextualizados, é possível se cogitar de enunciados vagos ou ambíguos.

Diante da vagueza ou ambiguidade nos enunciados normativos (textos), pode-se dizer que o intérprete se encontra colocado na situação de poder eleger uma escolha entre distintas alternativas de interpretação. Esse campo aberto à atividade interpretativa constitui o âmbito da discricionariedade judicial. Trata-se de atividade genuinamente criativa, em que muitos fatores influenciam na tomada de decisão, inclusive a pré-compreensão do intérprete, como preconizado por Gadamer (1999, p. 491)<sup>11</sup>.

## 6. *Jurisdição e criação do direito*

Deve-se a Chiovenda (1998, p. 8) a concepção de jurisdição como atividade substitutiva do Estado-juiz. Em seu pensamento, a jurisdição é tida como “função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos,

da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a vontade concreta da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”.

Nessa perspectiva, a atividade jurisdicional seria uma atividade de substituição, definitiva e obrigatória, feita de dois modos, conforme se trate de processo de cognição ou de execução: a) na cognição, a atividade intelectual do juiz substitui a atividade intelectual das partes e dos cidadãos no afirmar existente ou inexistente de uma vontade concreta da lei concernente às partes; b) na execução, a jurisdição consiste na substituição, pela atividade material dos órgãos do Estado, da atividade devida (Idem, p. 17).

Hodiernamente, tem-se criticado essa noção de substitutividade pela razão de que, em determinadas situações, o juiz resolve algumas questões que não se amoldam à noção de substituição estatal, proposta por Chiovenda, como acontece nos casos de decisão sobre admissibilidade do processo. A propósito, pontua Daniel Mitidiero (2005, p. 76): “Está assente na doutrina contemporânea a imprestabilidade do conceito proposto por Chiovenda. A uma, porque não se pode vislumbrar atividade substitutiva do órgão jurisdicional quando este decide, por exemplo, sobre questões processuais (competência, suspeição, impedimento etc.), sendo indubitoso, todavia, que, ao fazê-lo, está o juiz a prestar jurisdição”.

Ademais, não se pode perder de vista que a noção de jurisdição, como atuação substitutiva do Estado-juiz com vistas a realizar a vontade concreta da lei, supõe que a solução a respeito do litígio já esteja previamente disposta na lei, cabendo ao juiz apenas a tarefa de revelar essa “vontade”.

Sabe-se, porém, que, ultimamente, ainda mais com a incorporação das cláusulas gerais e a utilização dos princípios jurídicos como fonte primária de aplicação do direito, acentuou-se o caráter criativo da jurisdição (Cf. DIDIER JR., 2008, p. 68).

<sup>10</sup> Afirma Carrió (1996, p. 29): “el significado de las palabras está en función del contexto lingüístico en que aparecen y de la situación humana dentro de la que son usadas”.

<sup>11</sup> “Toda compreensão pressupõe uma relação vital do intérprete com o texto, assim como uma relação prévia com o tema mediado pelo texto. A essa pressuposição hermenêutica é que dá o nome de pré-compreensão, porque evidentemente não é produto do procedimento compreensivo, já que é anterior a ele.” (GADAMER, 1999, p. 491).

Ademais, conforme lembra Marinoni (2006, p. 53), nos casos em que o juiz realiza interpretação da lei conforme a constituição, ou realiza a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, não há como se sustentar que a jurisdição aplica a vontade concreta da lei, nos termos chiovendianos.

A jurisdição, hoje, é encarada como atividade criativa<sup>12</sup>. A margem de eleição atribuída ao juiz no âmbito da discricionariedade, porém, parece-nos não poder ser absoluta como pretendeu Kelsen<sup>13</sup>. Também não nos parece razoável admitir como válida a assertiva proposta por Guastini, com forte influência do pensamento kelseniano, de que, na aplicação judicial do direito, só teria lugar para a interpretação operativa (interpretação-decisão).

Segundo esse pensamento, o conteúdo de significação da chamada “norma individual”, atribuído pelo intérprete/juiz, poderia, perfeitamente, ser incluído em um *juízo de arbítrio* do órgão encarregado de aplicar o direito a casos concretos.

Oportuna a respeito da advertência de Gadamer (1999, p. 489):

“A tarefa da interpretação consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, em sua aplicação. A complementação produtiva do direito, que ocorre com isso, está obviamente reservada ao juiz, mas este encontra-se por sua vez sujeito à lei, exatamente como qualquer outro membro da comunidade jurídica. Na idéia de uma ordem judicial supõe-se o fato de que a sentença do juiz não surja de arbitrariedades imprevisíveis”.

J. Roberto Vernengo (1996, p. 258) também preconiza:

“El juez que interpeta y aplica el derecho positivo, conforme a derecho, se

<sup>12</sup> “Ao decidir, o tribunal cria. Toda decisão pressupõe ao menos duas alternativas que podem ser escolhidas. Mas a decisão não é uma delas, mas algo distinto delas (é algo novo)” (DIDIER, 2008, p. 68).

<sup>13</sup> “O ato judicial não pode estar ao sabor das oscilações subjetivas” (GÓES, 2006, p. 88).

mueve en el campo diseñado por las normas legisladas. En esse sentido su decisión non es arbitraria ou discrecional, pero aun la más estricta de las aplicaciones del derecho”.

Os marcos da discricionariedade judicial estão postos nos próprios enunciados normativos. Ainda quando se trate de textos vagos ou ambíguos, há, indiscutivelmente, limites linguísticos para a atuação discricionária de aplicação judicial do direito, pelo menos que possibilitem pré-excluir determinadas possibilidades de eleição.

A chamada interpretação cognoscitiva tem lugar na aplicação judicial justamente para possibilitar a fixação do marco da discricionariedade, a partir do qual o juiz poderá, em sede de interpretação operativa, aplicar o direito, com a criação da norma individual e concreta, realizando a sua eleição entre as possibilidades interpretativas<sup>14,15</sup>.

É dificilmente sustentável, nos tempos atuais, a tese de que o juiz, ao interpretar, apenas estaria revelando e extraindo das entranhas da lei a única solução possível para o caso concreto (concepção do juiz como “a boca da lei”). Também por essa razão entendemos que não se pode reduzir o

<sup>14</sup> Há determinados enunciados legislativos que conferem explicitamente ao juiz o poder de agir criativamente, modificando, extinguindo ou fazendo nascer relações jurídicas; isso se dá, *v.g.*, quando do texto se retira uma autorização ao órgão jurisdicional para reduzir uma multa contratual, ou, segundo seu próprio critério, alterar o regime de bens do casamento. Nesses casos, não há como eliminar a presença da interpretação operativa no fenômeno jurídico, pois nelas o juiz vai “encher” o espaço deixado em branco pelo legislador com seu ato de vontade.

<sup>15</sup> Defende-se hoje, notadamente no âmbito da jurisdicional a existência de “sentenças aditivas”, que, reconhecendo a inconstitucionalidade de uma norma, adiciona-lhe conteúdo, mediante interpretação, para adequá-la à Constituição. A propósito salienta Edilson Pereira Nobre Júnior (2006, p. 121): “Em vez de apontar-se na drástica eliminação da norma jurídica, esta é mantida com o adicionamento ao seu conteúdo de uma regulação que faltava para lastrear a concordância daquela à Constituição. Nessas decisões, a estrutura literal da norma combatida se mantém inalterada, mas o órgão de jurisdição constitucional, criativamente, acrescenta àquela componente normativo, vital para que seja preservada sua conciliação com a Lei Fundamental”.

ato de interpretação a um juízo de arbítrio, em que o aplicador fosse o senhor absoluto da criação do direito, ou que, na melhor das hipóteses, agisse de forma limitada, mas fosse o criador de seus próprios limites (já que, segundo a tese kelseniana, seguida hoje por Paulo de Barros Carvalho Guastini, entre outros, a norma geral e abstrata<sup>16</sup> veiculada pela lei também teria o seu sentido construído livremente pelo intérprete).

Pablo Navarro (2005, p. 99-103) bem reafirmou a tese da inevitabilidade da mediação interpretativa entre as normas gerais e as condutas dos seus destinatários, que seria feita pelo juiz. As normas gerais (legais) se veiculam em uma linguagem compartilhada entre os destinatários e os aplicadores, que logram êxito em motivar comportamentos justamente porque podem ser compreendidas pelos seus destinatários.

Como assinala Humberto Ávila (2008, p. 32), “a constatação de que os sentidos são construídos pelo intérprete no processo de interpretação não deve levar à conclusão de que não há significado algum antes do término desse processo de interpretação”. Existem estruturas de compreensão existentes de antemão que permitem a compreensão mínima dos enunciados normativos sob ponto de vista já incorporado ao uso comum da linguagem.

Por outro lado, a concepção de que antes do contato do juiz com texto não haveria que se falar em norma levaria a um circunlóquio interpretativo. Se a norma é produto da criação do intérprete, não se pode perder de vista que os destinatários de uma sentença judicial também precisam interpretar o texto construído pelo aplicador.

Do texto produzido pelo legislador, com a mediação interpretativa, decorria a norma produto da interpretação judicial, que, a seu

<sup>16</sup> Útil invocar aqui a divisão feita por Bobbio (2005, p. 180-181) entre: a) normas gerais, que seriam aquelas com destinatários universais; b) normas abstratas, que seriam universais em relação à ação prescrita; c) normas individuais, que seriam aquelas cujo destinatário seria um indivíduo singular; d) normas concretas, que regulam uma ação singular.

turno, se converteria em texto e ficaria “em estado de dicionário” aguardando o contato com outro intérprete para se converter em norma<sup>17</sup>. Logo, em última análise, a norma emanada de uma decisão judicial acabaria sendo construída pelo seu próprio destinatário e não haveria parâmetros para o controle quanto ao cumprimento da sentença (pois o intérprete-destinatário, em última análise, é quem daria sentido ao texto).

A interpretação cognoscitiva realizada pelo juiz possibilita a explicitação do sentido das normas gerais que, mesmo quando vertidas em linguagem vaga ou ambígua, limitam a atuação discricionária do juiz.

A solução de um caso concreto, na maioria das vezes, não pode ser simples e prontamente deduzida dos textos normativos, exigindo do aplicador atividade de criação. A interpretação cognoscitiva, por isso, não esgota o processo hermenêutico, embora também dele não possa ser excluída. Ela supõe a existência de significados prévios ao ato de aplicação judicial, dado o seu caráter revelador.

Se partirmos da premissa de que a norma não é o texto, mas o sentido que dele se extrai, somos obrigados a admitir que, antes do ato de interpretação do texto pelo juiz, há significações normativas construídas por outros órgãos do ordenamento jurídico (Poder Legislativo, de um modo geral), veiculadas por meio dos enunciados normativos. Essas normas certamente não esgotam nem determinam cerradamente a atividade hermenêutica do aplicador do direito, mas funcionam como limites à sua atuação discricionária.

## 7. Texto, norma e interpretação judicial

O exercício da atividade jurisdicional, plasmado na resolução de conflitos intersub-

<sup>17</sup> “Em ausencia de deste language compartido, la decisión semántica del interprete también resultaría indeterminada y sería necesario siempre outra decisión de um nuevo interprete para darle significado a las estipulaciones del primer interprete.” (NAVARRO, 2005, p. 104).

jetivos, já vimos, leva à criação de algo novo, que não havia antes da decisão. Por isso, o juiz, como intérprete, cria o direito e o produto de sua atividade é considerado como uma norma (Cf. DIDIER JR., 2008, p. 70).

Não se pode perder de vista, porém, que a norma decorrente da atividade jurisdicional interpretativa, marcada pela concretude, não elimina a existência de outras (normas gerais e abstratas) anteriores e preexistentes ao ato de aplicação.

Um exemplo marcante dessas normas está nas regras de estrutura, de modo particular aquelas definidoras de competência. Se as normas gerais abstratas decorrentes do diversos textos normativos (Constituição, leis etc.) não existissem antes do seu contato com o aplicador, o juiz, na sua competência, seria sempre autorreferencial. Dimoulis (2006, p. 213) bem anotou: “Nos sistemas jurídicos modernos, todas as competências das autoridades estatais e os direitos dos indivíduos são definidos de forma relacional mediante normas jurídicas, não cabendo ao titular decidir livremente, de forma auto-referencial, sobre os limites de seu direito ou competência”.

O estudo da dinâmica jurídica, segundo demonstrou Kelsen (1995, p. 215 e ss.), mostra que as normas que integram certa ordem jurídica se apresentam de forma escalonada. Com isso, o direito regula a sua própria criação. As normas de superior hierarquia determinam o modo como as outras normas devem ser introduzidas no ordenamento<sup>18</sup>.

Nesse processo de positivação, uma sentença judicial é considerada como o veículo introdutor de uma norma individual, cuja produção foi regulada por outras normas, daí se afirmar que “a norma individual,

<sup>18</sup> Adotamos aqui, por ser de grande utilidade, a classificação já clássica das normas jurídicas entre (a) normas de conduta e (b) normas de estrutura. As primeiras disciplinam os comportamentos intersubjetivos, recaindo imediatamente sobre a conduta humana; as segundas regulam as condições ou os procedimentos de que emanam normas de condutas válidas (pertencentes a um dado ordenamento) (Cf. BOBBIO, 1997, p. 33).

que estatui que deve ser dirigida contra um determinado indivíduo uma sanção perfeitamente determinada, só é criada através da decisão judicial” (KELSEN, 1995, p. 265).

Ocorre que, por mais que se admita a existência e ambiguidade e vagueza nos enunciados normativos, por mais que se exalte (e se exagere) o caráter constitutivo (ineliminável) de toda decisão judicial, há algo que, necessariamente, escapa do âmbito do decidir individual, mas que, nem por isso, deixa de ser norma jurídica.

Por isso, recebemos com reservas a afirmativa de que, na sentença, o juiz cria não apenas a norma individual e concreta que resolve o litígio, mas também as normas gerais e abstratas utilizadas como fundamento da decisão.

Ainda que se considerasse uma norma de estrutura estabelecendo o pleno arbítrio do juiz (somente como hipótese teórica), dando-lhe poderes para dar qualquer solução que entendesse adequada ou justa no caso concreto, a decisão não poderia constituir o poder jurisdicional sem a qual não se poderia cogitar de ato estatal decisório decorrente do exercício da jurisdição.

O poder jurisdicional está necessariamente fora do âmbito da norma individual e concreta produzida pelo juiz; trata-se de um efeito jurídico previsto no conseqüente de uma norma de estrutura, que não precisa sequer ser “enunciada”<sup>19</sup> no documento judicial. Isso permite diferenciar uma autêntica sentença emanada de um magistrado de uma minuta de sentença feita ou até mesmo reproduzida literalmente e depois assinada por um acadêmico para fins didáticos, *v.g.* Essa “pseudosentença” não é e nem veícula norma jurídica alguma (embora o texto possa até ser sugestivo e conter uma suposta invocação de um pseudo poder jurisdicional com assinatura de alguém no documento fazendo as vezes de juiz). A

<sup>19</sup> Sobre os conceitos de enunciação-enunciada e enunciado-enunciado e sua relação com a introdução de normas no ordenamento jurídico, conferir: (IVO, 2006, p. 4 e ss.).

norma de estrutura que prevê a existência do poder jurisdicional do magistrado não está presente (enunciada) no documento normativo (caso contrário, o acadêmico de direito poderia “autoconstituir-se” juiz); ela não é “criada” pela decisão, mas, nem por isso, deixa de ser observada.

Por outro lado, só se pode admitir que o produto da atividade interpretativa do juiz, no exercício da atividade jurisdicional, seja norma, porque há um sentido objetivo (ou intersubjetivo), que não se situa no texto da decisão, nem muito menos na mente do destinatário<sup>20</sup>.

Isso porque o juiz, na realidade, produz nada mais do que outro texto normativo (sentença, acórdão, decisões etc.), que, se não viesse a ser interpretado por seus destinatários, permaneceria como uma “sopa de letrinhas”. E mais: o sentido (a norma) quem daria seria o intérprete; o intérprete da decisão judicial, contudo, não é o juiz, mas o seu destinatário.

Em última análise: para manter coerência com as premissas, os defensores da norma como um produto exclusivo da interpretação deveriam sustentar que quem criaria o direito não seria o juiz (que se limitaria a produzir mais um texto normativo, além dos outros já existentes), mas sim o destinatário da decisão, que poderia construir o sentido que melhor lhe aprouvesse, adjudicando significado aos signos linguísticos postos do documento judicial, pois a interpretação do texto da decisão, em um último momento, é feita pelos seus destinatários.

## 8. Conclusão

Ao final do exposto, podemos, em síntese, apresentar as seguintes conclusões:

<sup>20</sup> “A crença na possibilidade de encontrar a interpretação objetivamente verdadeira corresponde às nossas experiências cotidianas de comunicação bem-sucedida. Temos um triunfo da objetividade e uma confirmação da existência da verdade cada vez que pedimos um pãozinho francês e o vendedor nos entrega exatamente aquilo que ele e nós entendemos como pãozinho francês” (DIMOULIS, 2006, p. 238).

A norma jurídica (seja geral e abstrata, individual, seja concreta) não se confunde com o texto (enunciados normativos), mas com o sentido que ele expressa, articulado sob a estrutura de uma proposição condicional deôntica.

Conquanto tenha produzido alguns resultados úteis, o dilema hermenêutico *mens legis versus mens legislatoris* pode hoje ser posto de lado, sendo de maior relevo para a hermenêutica contemporânea (entre outros problemas) a questão do sentido da expressão “interpretação”.

A interpretação jurídica se define como o processo de determinação do sentido da norma. Pode ser classificada em interpretação-conhecimento, que consiste em conhecer ou descrever o significado de uma determinada expressão, e em interpretação-decisão, que corresponde a uma atribuição de sentido à determinada expressão, com preferência sobre outros significados.

Embora a interpretação jurídica realizada pelo juiz encerre um ato de criação, há limites a essa atividade criativa, encontrados na própria linguagem prescritiva do direito e antes do processo interpretativo.

A vagueza e ambiguidade dos textos demarcam o âmbito da discricionariedade judicial e, por meio da interpretação cognoscitiva, fixa-se o marco para atividade criativa da interpretação-decisão.

## Referências

ALCHOURRON, Carlos; BULYGIN, Eugenio. Definiciones y normas. In: *Análisis Lógico y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BETTI, Emilio. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1975.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone Editora, 1999.

- \_\_\_\_\_. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Studatti. 3 ed. São Paulo: Edipro, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro dos Santos. Brasília: Ed. UnB, 1997.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.
- CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguaje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v. 2. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 9 ed. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2008.
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1995.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1999.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. *Ensayos de filosofía jurídica*. Bogotá: Editorial Temis, 2003.
- GÓES, Gisele. Termos jurídicos indeterminados: interpretação ou discricionariedade judicial? ênfase nos princípios jurídicos. In: LOTUFO, Renan (Coord.). *Sistema e tópica na interpretação do ordenamento jurídico*. Barueri: Manole, 2006.
- GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo*. Barcelona: Editorial Gedisa, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Problemas de interpretación*. In: *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. n. 7. Isonomía Publicaciones Periódicas. Out./1997.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade Pós-Moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- HIERRO, L. L. *El imperio de la ley y crisis de la ley*. In: DOXA. n. 19, 1996.
- IVO, Gabriel. *Norma jurídica: produção e controle*. São Paulo: Noeses, 2006.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica das costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.
- \_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. 5 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no estado contemporâneo. In: *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: RT, 2006.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- NAVARRO, Pablo. Acerca de la inevitabilidad de la interpretación jurídica. In: *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. n. 22. Isonomía Publicaciones Periodicas, abr./2005.
- NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 43, n. 170, abr./jun. 1996.
- REALE, Miguel. *O Direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- SANTIAGO NINO, Carlos. *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*. Mexico: UNAM, 1974.
- STRECK, Lenio Luiz. *A hermenêutica jurídica e(m) crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- VERNENGO, J. Roberto. Interpretacion del derecho. In: *El derecho y la justicia*. Edición de Ernesto Gareón Valdés y Francisco J. Laporta. Madrid: Ed. Trota, 1996.
- VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Lógica, ciência-do-direito e direito*. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, ano 8, n. 36, out./dez. 1972.
- \_\_\_\_\_. Norma jurídica: proposição jurídica (significação semiótica). In: *Revista de Direito Público*, n. 61, São Paulo: RT, jan./mar. 1982.