

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LEANDRO JOSÉ RUTANO

AÇÃO RESCISÓRIA POR VIOLAÇÃO DE NORMA JURÍDICA

CURITIBA
2016

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

LEANDRO JOSÉ RUTANO

AÇÃO RESCISÓRIA POR VIOLAÇÃO DE NORMA JURÍDICA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (PPGS-UFPR), como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais, Linha de Pesquisa: Direito, Tutela e Efetividade.

Orientador: Prof. Tit. Dr. Luiz Guilherme Marinoni

CURITIBA
2016

TERMO DE APROVAÇÃO

LEANDRO JOSÉ RUTANO

AÇÃO RESCISÓRIA POR VIOLAÇÃO DE NORMA JURÍDICA

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

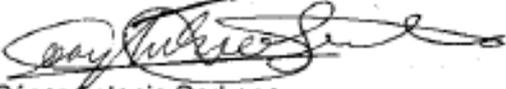
Orientador:


Prof. Tit. Dr. Luiz Guilherme Marinoni.
Universidade Federal do Paraná – UFPR.

Avaliador:


Prof. Dr. Daniel Francisco Mitidiero.
Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS.

Avaliador:


Prof. Dr. César Antonio Serbena.
Universidade Federal do Paraná – UFPR.

Curitiba, 1º de abril de 2016.

Ao meu eterno professor Rogério Dias.
Descanse em paz, mestre.

*"Se fosse tutto pieno il mio dimando"
rispuos'io lui, "voi non sareste ancora
de l'umana natura posto in bando;*

*ché 'n la mente m'è fitta, e or m'accora,
la cara e buona imagine paterna
di voi quando nel mondo ad ora ad ora*

*m'insegnavate come l'uom s'eterna:
e quant'io l'abbia in grado, mentr'io vivo
convien che ne la mia lingua si scerna.*

*Ciò che narrate di mio corso scrivo,
e serbolo a chiosar con altro testo
a donna che saprà, s'a lei arrivo.*

*Tanto vogl'io che vi sia manifesto,
pur che mia coscienza non mi garra,
ch'a la Fortuna, come vuol, son presto.*

*Non è nuova a li orecchi miei tal arra:
però giri Fortuna la sua rota
come le piace, e 'l villan la sua marra".*

Commedia, Inferno, Canto XV.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Prof. Tit. Luiz Guilherme Marinoni, não apenas por aceitar a orientação deste trabalho e gentilmente disponibilizar parte de seu acervo pessoal, mas, sobretudo, por compartilhar sua experiência acadêmica e profissional.

Ao Professor Dr. Daniel Mitidiero, por se dispor a avaliar este trabalho e pelo valioso o auxílio prestado durante a fase de conclusão do mestrado.

Ao Professor Dr. César Antonio Serbena, pela disponibilidade de compor a banca avaliadora deste trabalho, pelas sempre instigantes aulas da disciplina de filosofia do direito e pela gentil acolhida no Grupo de pesquisa interdisciplinar em Justiça Eletrônica (*e-Justice*).

Aos demais professores da Universidade Federal do Paraná com os quais tive a honra de conviver durante esses dois anos de mestrado.

Ao professor Msc. William Pugliese, pelo incentivo e apoio prestados desde a graduação até agora foram decisivos para que este trabalho pudesse ser realizado.

Ao meu irmão, Lessandro, por tudo, mas especialmente pelo auxílio com a pesquisa e tradução das obras em língua francesa.

Ao Fernando, pelo auxílio prestado durante a elaboração deste trabalho.

Ao José Eugênio, por se dispor a fazer meu trabalho nos dias em que não pude comparecer em razão dos prazos

Aos amigos Bruno, Camila, Igor, Luciano, Marcos, Raphael e Víctor, simplesmente pela amizade.

Aos amigos André, Caique, Carlos Augusto, Djalma e Ricardo, pela convivência cotidiana.

Aos amigos do mestrado, Bruno, Gustavo, Leonardo, Marcondes e René.

À Lygia, pelas boas conversas.

À Paula, pelos almoços e discussões processuais.

Por fim, aos meus pais e à minha avó, pelo apoio incondicional de sempre.

RESUMO

O Código de Processo Civil de 2015 passou a prever a violação manifesta de norma jurídica como uma das hipóteses de cabimento de ação rescisória. De acordo com as mais modernas teorias da interpretação, a norma jurídica não está contida no texto legal, mas é dissociada dele. Norma jurídica, para essas teorias, é fruto da construção do direito pelo intérprete, de modo que a violação será sempre de uma das interpretações cabíveis a respeito de um mesmo enunciado legislativo. O conceito de violação à norma jurídica, portanto, considerada a função atual das Cortes Supremas, diz respeito à violação de uma das interpretações possíveis a respeito de um mesmo enunciado legislativo.

Palavras-chave: Ação Rescisória. Norma jurídica.

ABSTRACT

The Civil Procedure Code 2015 now provides a clear breach of the rule of law as one of the hypotheses of the appropriateness of rescission action. According to the most modern theories of interpretation, the rule of law is not contained in the legal text, but is separated from it. rule of law, for these theories, is the result of the construction of the right by the interpreter, so that the violation will always be one of the interpretations applicable on the same legislative statement. The concept of violation of the rule of law, therefore, considered the current role of the Supreme Courts, concerns the violation of one of the possible interpretations of the same legislative statement.

Keywords: reversal action. legal standard.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 DA VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI À VIOLAÇÃO DE NORMA JURÍDICA | 13 |
| 2.1 A COMPREENSÃO DA IDEIA DE AÇÃO RESCISÓRIA BASEADA EM VIOLAÇÃO DE LEI..... | 14 |
| 2.1.1 A edição da Súmula 343 do STF..... | 17 |
| 2.2 O ART. 966, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 | 20 |
| 2.2.1 Gênese da alteração legislativa: das reuniões da Comissão de Juristas à aprovação do texto final do art. 966, V, do Código de Processo Civil. | 22 |
| 2.2.2 Justificação teórica da previsão de rescisória por violação à norma jurídica: norma jurídica enquanto soma dos conceitos de regra a princípio. | 26 |
| 3 O CONCEITO DE NORMA JURÍDICA. | 35 |
| 3.1 O FORMALISMO INTERPRETATIVO E A NOÇÃO DE NORMA ENQUANTO FRUTO DA ATUAÇÃO LEGISLATIVA..... | 35 |
| 3.1.1 O formalismo como instrumento de contenção da interpretação judicial..... | 37 |
| 3.1.2 Estado liberal clássico e o respeito à vontade histórica do legislador. | 41 |
| 3.1.2.1 A exegese do Artigo 4 do <i>Code Napoléon</i> | 44 |
| 3.1.3 A unicidade dos conceitos de texto e norma. | 55 |
| 3.2 OS PROBLEMAS DA INTERPRETAÇÃO FORMALISTA..... | 57 |
| 3.2.1 Normas jurídicas como produto da atuação judicial | 57 |
| 3.2.2 A insuficiência do conceito de unicidade entre texto e norma. | 58 |
| 3.2.2 Passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional..... | 67 |
| 4 A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS: ENTRE CÉTICOS E FORMALISTAS. | 74 |
| 4.1 A TEXTURA ABERTA DO DIREITO. | 75 |
| 4.1.1 Zonas de penumbra e certeza..... | 79 |
| 4.2 CASOS EM QUE A NORMA DECORRE DIRETAMENTE DO TEXTO LEGAL..... | 86 |
| 5 RAZÃO DE SER DAS CORTES DE VÉRTICE | 88 |
| 5.1 DA CASSAÇÃO À INTERPRETAÇÃO..... | 88 |
| 5.1.1 Violação à norma jurídica das cortes supremas..... | 91 |

| | |
|-------------------------|-----------|
| CONCLUSÕES | 94 |
| REFERÊNCIAS..... | 96 |

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objeto a análise do dispositivo legal inserido no art. 966, V, do Código de Processo Civil de 2015, segundo o qual passa a ser cabível ação rescisória por manifesta violação à norma jurídica.

Trata-se de previsão legal inovadora no ordenamento brasileiro, ao passo que os dois Códigos de Processo Civil anteriores, de 1939 e de 1973, faziam referência à literal disposição de lei - e não à norma jurídica. Ainda durante o período de *vacatio legis*, foram anexados dois novos parágrafos a esse artigo, sob a justificativa de que essa nova previsão legal poderia gerar dúvidas acerca de sua aplicabilidade após a entrada em vigência da nova lei. De fato, trata-se de uma previsão legal carente de um maior delineamento teórico-doutrinário com vistas a esclarecer o que pode ser entendido pela expressão “norma jurídica” inserida na nova hipótese legal e, feito isso, quais serão as efetivas mudanças trazidas por tal dispositivo.

Apesar de o tema estar circunscrito a um único inciso e, talvez por isso, se mostrar aparentemente mais ligado à dogmática jurídica do que à teoria do direito, pretende-se, tanto quanto possível, estudá-lo sob a perspectiva teórica do direito processual civil constitucional e das teorias da argumentação jurídica.

Isso porque, mais do que uma simples alteração semântica, o termo “norma” comporta um grande número de indagações e proposituras teóricas, as quais se tornam ainda mais importantes em um momento de transição normativa. Nesse passo, adotam-se como marcos teóricos as doutrinas de Guastini, Tarello, Hart e Dworkin, cujas obras podem comportar uma significação plausível ao novo dispositivo legal.

Não se pode esquecer, também, que o sistema processual civil brasileiro tem em seu Código de Processo Civil (CPC) o principal diploma normativo tendente a disciplinar as matérias de direito processual. O texto que vigorou até bem pouco tempo atrás, estabelecido originalmente pela Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, chegou ao fim de seu ciclo com uma série de emendas,

alterações e acréscimos, mas, ainda assim, descompassado com o novo momento do direito brasileiro.

Entre as grandes alterações sofridas pelo direito desde a década de 1970 - quando foi aprovado o CPC ora revogado -, têm especial destaque o advento de uma nova ordem constitucional e a consequente influência da normatividade da Constituição no direito processual. O caráter principiológico da Constituição Federal de 1988, ao mesmo tempo em que possibilitou uma tutela adequada dos direitos fundamentais, permitiu que casos idênticos viessem a ser julgados de modo diferente, com base em um ou outro princípio constitucional, perfazendo-se uma considerável alteração no modo de atuação judicial e, conseqüentemente, no modo de aplicação das normas processuais.

Aliado a isso, a mudança no modo de compreensão do direito veio a atingir grande relevância nos últimos anos em razão da incidência de normas constitucionais, tanto no direito material como no processual. Com efeito, o advento do estado constitucional fez com que o Poder Judiciário assumisse papel diferente daquele que costumeiramente lhe era atribuído. De mero reproduzidor da vontade legislativa, o juiz passa a ser figura atuante na construção de sentido ao direito, afastando-se da figura do juiz pensada pelas teorias interpretativas que triunfaram a partir do início do século passado.

Nesse contexto fático, a disciplina do direito processual passou por várias alterações, muitas delas visando adequar o texto legal ao novo panorama que se desenvolveu com o passar dos anos. Contudo, na concepção do legislador, as alterações constantes fizeram com que o CPC sofresse uma “perda sistemática”, passando-se a considerar que a melhor saída em tal circunstância seria, de fato, a substituição do atual Código por um novo. Após um longo período de discussões parlamentares, o Projeto de Lei nº 8.046, apresentado em 2010 pelo Senador José Sarney, foi convertido na Lei 13.105/2015.

A essa altura, portanto, como ocorre sempre que surge uma nova legislação, cabe à doutrina se empenhar na análise das novas disposições e na busca das mais variadas interpretações para cada dispositivo legal.

Sob esse panorama, na busca pelo sentido interpretativo da nova hipótese de cabimento de ação rescisória, este trabalho se divide em três grandes partes.

Na primeira delas, se busca analisar o perfil da alteração legislativa promovida por esse novo dispositivo legal. Para tanto, recorre-se, inicialmente, ao entendimento doutrinário e jurisprudencial a respeito da hipótese de cabimento da ação rescisória por violação a literal disposição de lei prevista no Código revogado. Uma vez compreendidos os contornos de tal disposição, passa-se a analisar os motivos que levaram à substituição daquela hipótese normativa.

Na segunda parte, analisam-se os conceitos de norma jurídica e literalidade de lei. Essa análise é feita a partir de obras voltadas à teoria do direito e do Estado, especialmente e do recurso às fontes utilizadas por essas teorias, procedendo-se a confrontação de suas conclusões com documentos históricos para o fim de chegar a validade de suas conclusões. Ainda na segunda parte, uma vez perquirida a validade das teorias analisadas, busca-se o enquadramento do objeto deste trabalho a uma dessas teorias, valendo-se, com isso, das soluções apontadas por ela para resolver a problemática acerca do conceito de norma jurídica previsto no art. 966, V, do Código de Processo Civil.

Na terceira e última parte, já de posse de uma via interpretativa chancelada pelo discurso das fontes, testa-se o objeto deste trabalho a partir de tal mecanismo de interpretação, buscando verificar a validade deste para os questionamentos propostos no presente trabalho.

2 DA VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI À VIOLAÇÃO DE NORMA JURÍDICA

A coisa julgada é, sem dúvida, um dos temas elementares do direito processual civil. Sua existência torna-se importante não apenas na perspectiva da legitimação do conteúdo do discurso jurídico, mas principalmente pelo fato de ser elemento garantidor efetividade a esse discurso¹. Tãmanha é a importância dada pelo legislador à proteção da coisa julgada que se optou por inseri-la entre os direitos e garantias fundamentais previstos pela Constituição Federal.

Não se ignora, porém, que, mesmo se tratando de elemento vital à sobrevivência do discurso jurídico e à afirmação do poder estatal, algumas situações devem ser resguardadas da imutabilidade conferida pelo trânsito em julgado das decisões judiciais. Historicamente, o processo civil brasileiro tem se valido da ação rescisória como instrumento destinado a tal finalidade.

As hipóteses de cabimento de ação rescisória eram apenas quatro no Código de Processo Civil de 1939, passaram para nove no Código de 1973 e foram reduzidas a oito pelo novo Código, haja vista a exclusão da hipótese de rescisão com base em fundamento capaz de invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença. Mesmo com a supressão de uma das hipóteses de cabimento de rescisória pelo novo CPC, pode-se afirmar que não houve grandes mudanças legislativas em relação ao tema, até mesmo porque a hipótese suprimida pode ser também entendida como “prova nova” e, assim, conduzir à rescisão do julgado².

A grande novidade do novo diploma legal no que toca à ação rescisória fica a cargo da substituição da fórmula “literal disposição de lei”, utilizada pelos dois códigos anteriores, pela expressão “violar manifestamente norma jurídica”. Num primeiro momento, tal alteração de texto pode parecer uma mera

¹ MARINONI. Luiz Guilherme. *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 56-58.

² MARINONI. Luiz Guilherme. ARENHART. Sérgio Cruz. MITIDIERO. Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 592.

reformulação ou, mais tecnicamente, uma adequação da hipótese para que melhor abarque aquilo que já vinha sendo decidido pelos tribunais, sem grandes repercussões práticas.

Não se ignora que, de fato, conforme se demonstrará a seguir, a disposição do art. 485, V, do Código de Processo Civil de 1973 já era interpretada de modo mais amplo. Contudo, a sutil alteração trazida pelo legislador de 2015 pode abrir campo para questionamentos relevantes acerca do cabimento da ação rescisória. Cabe, portanto, confrontar a alteração legislativa com aspectos da teoria do direito para, assim, buscar compreender os impactos que poderão ser sentidos a partir da nova redação.

2.1 A COMPREENSÃO DA IDEIA DE AÇÃO RESCISÓRIA BASEADA EM VIOLAÇÃO DE LEI

A violação à literal disposição de lei como hipótese de cabimento de ação rescisória já estava presente no art. 798, I, c, do Código de Processo Civil de 1939, tendo sido repetida pelo de 1973, que, nesse aspecto, apenas corrigiu o equívoco terminológico do texto anterior, que confundia rescindibilidade com nulidade (BM 107). Positivada pelo art. 458, V, do Código Buzaid, a norma foi objeto de grande repercussão pela doutrina, que, desde logo, se preocupou em compreender seu alcance e conteúdo.

À época, se percebeu que o qualificativo "literal" parecia trazer consigo a ideia de que seriam rescindíveis apenas as sentenças dadas em manifesta contrariedade ao que estabelecia algum dispositivo de lei. Ou seja, a ação rescisória apenas parecia cabível para os casos em que o julgador tivesse ignorado por completo a existência de dispositivo legal capaz de solucionar a exata questão de direito posta nos autos.

Com o tempo, porém, notou-se que não seria possível adotar um conceito de literalidade baseado pura e simplesmente nas hipóteses em que houvesse violação direta ao texto de alguma norma legal, haja vista que tal situação

difícilmente poderia ser apurada de modo definitivo. Tanto é assim que a doutrina e a jurisprudência nunca conseguiram produzir um conceito definitivo acerca de literalidade, passando a sugerir uma interpretação mais abrangente daquele dispositivo, de modo a não se limitar limitando a mera violação ao texto legislado.

Nos comentários ao art. 485, V, do Código anterior, Barbosa Moreira também admitia que o conceito de literalidade deveria ser alargado de modo a abranger as várias espécies normativas emitidas por cada um dos entes federativos, sejam elas direito material ou processual, bem como as normas de direito internacional. De acordo com o autor, o correto seria que a previsão normativa substituísse o conceito de literalidade por “direito em tese”³

Em seu Tratado de Ação Rescisória, Pontes de Miranda defendia a interpretação extensiva sob o argumento de que os magistrados brasileiros não podem se eximir de prestar tutela jurisdicional mesmo diante de lacuna ou obscuridade da lei. Ponderava que o art. 4º da então Lei de Introdução ao Código Civil era claro ao estabelecer tal obrigatoriedade, sendo, portanto, igualmente rescindíveis as sentenças proferidas em desrespeito a analogia, costume ou princípio geral do direito: “sentenças proferidas contra algum costume, que se aponta como existente, escritível ou já escrito (“literal”), ou contra algum princípio geral do direito, ou contra o que, por analogia, se havia de considerar regra jurídica, são sentenças rescindíveis⁴”. Os casos de omissão legislativa, portanto, também estariam abarcados pela hipótese de cabimento de ação rescisória prevista no art. 485, V, do Código anterior, uma vez que a violação à literal disposição de lei não estaria restrita ao texto legislado⁵.

Feita a interpretação alargada do dispositivo para inserir também a analogia, costumes e princípios gerais do direito no conceito de “literal disposição

³ MOREIRA. José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V (arts. 476 a 565). Rio de Janeiro: Forense. 2006. p. 131/133.

⁴ MIRANDA. Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5ª ed. corrigida, posta em dia e aumentada. Rio de Janeiro: Forense: 1976. p. 256.

⁵ MIRANDA. Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5ª ed. corrigida, posta em dia e aumentada. Rio de Janeiro: Forense: 1976. p. 260.

de lei”, restava ainda compreender o que seria especificamente uma decisão contrária à letra da lei, nos termos exigidos pelo Código de Processo Civil.

Nesse ponto, Pontes de Miranda partia de uma distinção entre questões de interpretação e questões de escolhas entre interpretações dadas. As primeiras corresponderiam a saber quais regras jurídicas estão presentes no sistema, devendo assim ser explicitadas; a segunda se daria quando são possíveis duas interpretações diferentes e cabe ao tribunal dizer qual delas é a correta.

Tendo sido a decisão proferida conforme a interpretação reputada incorreta e, desse modo, em detrimento da interpretação acertada, caberia ação rescisória⁶. Dessa forma, pode-se ver que o conceito de literalidade exigido pelo Código de Processo Civil de 1973 era interpretado pelo autor como não limitado àquilo expressamente escrito na lei, mas sim de modo extensível à interpretação da obra legislativa dada pelo tribunal.

Ao assim compreender o instituto, Pontes teve que analisar as questões em que tenha havido mudança de interpretação entre a decisão rescindenda e o prazo final de dois anos. Em outras palavras, seria cabível rescisória nos casos em que a jurisprudência tenha sofrido alterações posteriores à prolação da sentença? Poderia esta ser rescindida com base na mudança superveniente da interpretação dada como correta? A esse problema, o autor é categórico ao afirmar que seria possível a rescisão em tais casos. Isso porque, segundo ele, “a nova jurisprudência faz suscetíveis de rescisão a todos e só o biênio pode cobri-las contra o exame rescindente⁷”.

Pontes de Miranda argumenta que, caso tenham sido proferidas três sentenças, cada uma com base em um fundamento diferente, e que todas tenham sido objeto de respectiva ação rescisória, cabendo a um mesmo juízo a competência para decidir sobre a rescisão das três sentenças. Nesse caso, ainda segundo Pontes de Miranda, seria possível que fossem deferidos dois dos

⁶ MIRANDA. Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5ª ed. corrigida, posta em dia e aumentada. Rio de Janeiro: Forense: 1976. p. 276.

⁷ MIRANDA. Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5ª ed. corrigida, posta em dia e aumentada. Rio de Janeiro: Forense: 1976. p. 276.

pedidos e indeferido um, o que poderia ser feito com base no fundamento de que a jurisprudência já estava firmada em sentido contrário ao argumento utilizado. Haveria, ainda, a possibilidade de que fossem indeferidos os três pedidos de rescisão, entendendo-se que o desfecho correto para aqueles casos não seria qualquer daqueles aplicados em cada uma das decisões rescindendas, mas sim uma quarta interpretação⁸.

2.1.1 A edição da Súmula 343 do STF.

Tal como a doutrina, a jurisprudência também não foi capaz de distinguir claramente os casos de aplicação da hipótese do art. 485, V, do Código de Processo Civil, optando por apontar as situações em que a incidência do dispositivo não seria aplicável. Com isso, adveio a publicação da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual não haveria violação à literalidade de lei nos casos em que ainda não estivesse definida a correta interpretação do dispositivo supostamente violado, ainda que posteriormente se tenha fixado favoravelmente a pretensão rescisória de uma das partes.

Nos exatos termos da Súmula, “não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”. Logo, havendo duas ou mais interpretações diferentes acerca de uma mesma disposição legal e sendo a decisão fundamentada em uma dessas interpretações, não seria admissível ação rescisória pela violação da literalidade da lei contida em uma daquelas outras interpretações teoricamente cabíveis.

A partir do entendimento exarado na referida Súmula, é possível compreender a extensão do conceito de literalidade até então adotado pelo nosso ordenamento como causa de rescisão de sentenças. Isso porque o Supremo

⁸ MIRANDA. Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5ª ed. corrigida, posta em dia e aumentada. Rio de Janeiro: Forense: 1976. p. 276.

Tribunal Federal, ao enfrentar o assunto, se valeu de um conceito negativo, ou seja, estabeleceu casos em que não se considerava ter havido violação a literal disposição de lei⁹.

Evidentemente, como a violação a literal disposição de lei foi mantida entre as hipóteses de cabimento de ação rescisória previstas no art. 485 do Código de Processo Civil de 1973, a Súmula, embora tenha sido aprovada ainda durante a vigência do Código de Processo Civil de 1939, permaneceu válida também durante os quarenta e três anos de vigência desse diploma, até ser virtualmente sepultada pelo legislador democrático do Século XXI.

Publicada após Sessão Plenária de 13 de dezembro de 1963, a Súmula derivou do julgamento do Recurso Extraordinário 50.046. Em síntese, a Cooperativa Central dos Produtores de Leite havia sido beneficiada por sentença que lhe garantia o direito de receber valores em dinheiro de uma concordatária. Mais tarde, em ação proposta pelos empregados da falida, a decisão foi rescindida pelo Tribunal do Distrito Federal, o que deu ensejo ao recurso extraordinário. O argumento dirigido pela Cooperativa ao STF era o de que não teria havido violação à literalidade do art. 76 da Lei de Falências pelo fato de a decisão rescindenda ter adotado uma das interpretações possíveis acerca do dispositivo.

Em seu voto, o relator, Ministro Victor Nunes Leal, entendeu que a adoção de uma das interpretações admitidas pela doutrina e pela jurisprudência não configura ofensa à literalidade do dispositivo. Segundo ele, “a má interpretação que justifica o *judicium rescindens* há de ser de tal modo aberrante do texto que equivalha à sua violação literal¹⁰”. Ponderou, ainda, que julgar procedente a ação rescisória nos casos em que prevalecer a interpretação menos correta, seria o mesmo que criar um recurso ordinário cabível na maioria dos casos decididos pela Justiça, o que comprometeria a estabilidade das decisões judiciais. Com isso, o recurso extraordinário foi provido e assim ementado: “Para corrigir interpretação de lei, possivelmente errônea, não cabe ação rescisória¹¹”.

⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 247.

¹⁰ STF. 2ª Turma. RE 50.046. rel. Min. Victor Nunes Leal. Julgado em 05/04/1963.

¹¹ STF. 2ª Turma. RE 50.046, rel. Min. Victor Nunes Leal. Julgado em 05/04/1963.

Antes mesmo da decisão acima descrita, a qual originou a Súmula 343, o Supremo Tribunal Federal já havia aplicado o entendimento em ao menos um outro acórdão, este datado de 04 de agosto de 1959¹². Nesse caso, a União moveu ação rescisória contra decisão proferida em mandado de segurança, alegando a suposta violação do art. 822, parágrafo único, III, do Código de Processo Civil de 1939 – que estabelecia a apelação necessária. Argumentava que, embora à época a lei não fosse expressa nesse ponto, o recurso de ofício deveria ser também aplicado aos mandados de segurança, conforme interpretação da previsão do Código de Processo Civil.

A rescisória foi julgada improcedente pelo Tribunal Federal de Recursos sob o fundamento de que “a interpretação diversa, dada a dispositivo legal que tornaria, ou não, obrigatório o recurso de ofício, não constitui decisão contrária a texto expresso de lei”¹³, o que levou a União a interpor recurso extraordinário. O Supremo Tribunal Federal não conheceu do recurso, fazendo constar na ementa que “a interpretação diversa dada a dispositivo legal não explícito não dá fundamento para a rescisória, pois esta cabe quando há ofensa à literal disposição de lei e não no caso de divergência jurisprudencial¹⁴”.

Portanto os dois julgados que deram origem à Súmula 343, foram baseados em decisões de improcedência de ação rescisória nos casos de interpretação controvertida acerca de um dispositivo legal. Dessa forma, a decisão que se ampara em uma das várias interpretações acerca de uma mesma previsão normativa não pode ser objeto de rescisão se, à época em que foi proferida, não havia consenso quanto a melhor interpretação daquele dispositivo.

Pode parecer óbvio que se pense assim, pois do contrário, como ponderou o relator de um dos acórdãos, se estaria a comprometer a segurança jurídica frente a possibilidade de que, em qualquer momento do biênio, uma interpretação diversa alterasse o conteúdo da decisão já transitada em julgado.

O que importa, contudo, é que a tese segundo a qual um mesmo dispositivo de lei pode estar sujeito a mais de uma interpretação parte da premissa

¹² STF. 2ª Turma. RE 41.407. rel. Min. Vilas Boas. Julgado em 04/08/1959.

¹³ Citado em STF. 2ª Turma. RE 41.407. rel. Min. Vilas Boas. Julgado em 04/08/1959.

¹⁴ RE 41.407. rel. Min. Vilas Boas. Julgado em 04/08/1959.

de que a violação não está relacionada à lei escrita e publicada pelo legislador, mas a uma das interpretações acerca do sentido daquela disposição legal¹⁵.

Desse modo, é possível afirmar que o conceito de violação à literal disposição de lei pode não refletir exatamente a ideia de que a norma jurídica é revelada pelo legislador e descoberta mecanicamente pelo intérprete, tal como propunham as teorias formalistas, de tal modo que a violação que daria ensejo à rescisória está relacionada a uma das interpretações possíveis e juridicamente válidas a respeito do tema¹⁶.

O argumento do ministro Nunes Leal no julgamento que deu origem à Súmula corrobora claramente essa constatação. Quando diz que o cabimento de rescisória na hipótese do inciso V do art. 485 deve decorrer de uma interpretação de tal modo aberrante que equivalha à violação literal, se está implicitamente a admitir a existência de interpretações fundadas em dúvida razoável acerca da interpretação do dispositivo. Aliás, foi justamente com base nesse entendimento que, na ocasião, se julgou procedente a rescisória.

2.2 O ART. 966, V, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O artigo 966, V, do Código de Processo Civil prevê o cabimento de ação rescisória nos casos de “violação à norma jurídica”, em substituição à “literal disposição de lei” prevista no art. 485, V, do Código de 1973. Como restou constatado nos tópicos anteriores, a doutrina e a jurisprudência nacionais já concediam à disposição anterior uma abrangência mais alargada, tendo em vista a impossibilidade de se proceder uma definição positiva acerca do conceito de literalidade de lei.

O Código de Processo Civil de 2015, inovando em relação aos dois anteriores, não mais fez referência ao conceito de literalidade de lei, substituindo

¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 247.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 247.

tal hipótese por violação à norma jurídica. Abandonou-se, assim, o conceito inadequado de violação literal, substituindo-o pela ideia de violação à norma jurídica.

Partindo-se da premissa já constatada de que a norma jurídica é construída pelo intérprete, é evidente que também a disposição do art. 966, V, não reflete um conceito preciso, fazendo-se necessário um estudo aprofundado a seu respeito a fim de que se defina a extensão e a profundidade do conceito de norma jurídica inserido entre as hipóteses de cabimento de rescisória. Em termos teóricos, o simples conceito de norma jurídica pode ter várias interpretações diversas, a depender da vertente teórica adotada. Não se trata, pois, de um conceito pacífico no âmbito teórico, o que certamente pode gerar um sem número de interpretações diversas a seu respeito.

Nesse contexto, qualquer análise que se faça acerca do novo dispositivo legal não pode ignorar os motivos que levaram o legislador a redigi-lo dessa forma. Muito embora a norma jurídica seja construída pelo intérprete, os motivos considerados pelo legislador são de extrema importância para que se entenda o sentido que se pretendeu dar ao Direito no momento em que se optou por aquela redação.

Especificamente no que toca ao Código de Processo Civil brasileiro de 2015, a consulta aos debates legislativos e pré-legislativos fica facilitada, na medida em que os debates que conduziram ao texto final do novo Código de Processo Civil foram integralmente transcritos e publicados no Diário do Senado Federal.

No que toca ao dispositivo legal em comento, é certo que a “violação à norma jurídica” foi inserida já no anteprojeto do novo Código, durante os debates da comissão de juristas encarregada de elaborá-lo¹⁷. Nesse passo, a consulta às discussões que levaram a tal alteração legislativa é fundamental para que se

¹⁷ A comissão de juristas foi instituída pelo então Presidente do Senado Federal, sen. José Sarney, por meio do Ato 379, de 30 de setembro de 2009, publicado na edição do Diário Oficial da União de 02 de outubro de 2009. Conforme o referido ato, a Comissão foi composta originariamente por Luiz Fux (Presidente) Tereza Wambier (relatora), Adroaldo Furtado Fabrício, Bruno Dantas, Elpidio Donizete Nunes, Humberto Theodoro Junior, Jansen Fialho de Almeida, José Miguel Garcia Medina, José Ribeiro dos Santos Bedaque, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.

compreenda os motivos da mudança e, com isso, se pense na melhor saída interpretativa para a nova regra. Passa-se, então, a uma breve análise das notas taquigráficas relativas às reuniões da comissão de juristas, com destaque para os argumentos jurídicos e aos eventuais textos doutrinários invocados por seus membros para justificar a mudança redacional.

2.2.1 Gênese da alteração legislativa: das reuniões da Comissão de Juristas à aprovação do texto final do art. 966, V, do Código de Processo Civil.

Na sétima reunião da Comissão¹⁸, seu presidente, o Min. Luiz Fux, levantou o debate acerca da ação rescisória. Citando Barbosa Moreira, argumentou que a violação deve ser ao direito em tese, o que seria mais abrangente do que simplesmente violar a lei¹⁹. Por sua vez, Elpídio Donizetti Nunes questionou a abrangência de “violação ao direito”, ponderando que tal redação poderia abrir o rol de hipóteses de cabimento de rescisória inclusive para casos de valoração da prova²⁰.

Algum tempo depois, Tereza Wambier sugeriu que se suprimisse a expressão “literal”, prevendo-se apenas “violação à lei”. Com isso, entendeu-se que a melhor redação deveria prever rescisória para os casos em que se “violou disposição de lei ou princípio jurídico”.

Na reunião seguinte, Humberto Theodoro Junior, que não havia participado do debate anterior, levantou novamente a questão, ponderando que

¹⁸ A transcrição da íntegra dos debates da sétima e da oitava reunião da Comissão de Juristas, citados neste tópico, pode ser consultada em SENADO FEDERAL. *Diário do Senado Federal*. Ano LXV, nº 70, 14/05/2010.

¹⁹ “José Carlos Barbosa Moreira, na obra dele, nos comentários, ele diz o seguinte: Violação de literal e disposição de lei é muito pouco, é muito restrito isso. A violação de literal e disposição de lei. Ele sugere a violação do direito em tese, porque só violar a lei é muito pouco, cabe declaração de inconstitucionalidade.” (SENADO FEDERAL. *Diário do Senado Federal*. Ano LXV, nº 70, 14/05/2010. p. 20.890 a 20.894.)

²⁰ “Agora a redação aqui, Ministro, no 485 está falando ofender o direito. Isso amplia de tal forma, porque direito é uma amplitude muito maior do que lei, isso é muito ruim para nós. No tempo que nós estamos buscando a celeridade, abrir uma rescisória dessa forma, ofender a lei, a meu ver, e não o direito, a lei é menos que o direito.” (SENADO FEDERAL. *Diário do Senado Federal*. Ano LXV, nº 70, 14/05/2010. p. 20.890 a 20.894.)

embora concorde em prever violação a princípio como hipótese de cabimento de ação rescisória, não estaria de acordo com a supressão do qualificativo “literal” em referência à disposição de lei. Segundo ele, eliminar o vocábulo significaria permitir que a rescisória se transformasse em um terceiro grau de jurisdição, uma vez que a ausência do requisito de literalidade abriria campo para que qualquer violação a direito justificasse ação rescisória como hipótese de novo julgamento, fragilizando a coisa julgada.

Como se novamente voltasse à tona a ideia de prever a violação a princípios jurídicos como hipótese de cabimento de rescisória, reiterada foi a discordância de Elpídio Donizetti Nunes, sob o argumento de que isso abriria demasiadamente o rol de hipóteses de cabimento da ação.

Sugeriu, então, que se utilizasse o termo “norma jurídica”, com vistas a abranger tanto regras quanto princípios. A proposta agradou os presentes e, a partir daquele momento, inseriu-se no anteprojeto a violação à norma jurídica como hipótese de cabimento de ação rescisória, em substituição à “literal disposição de lei” prevista pelos códigos anteriores.

A redação do dispositivo foi mantida pelo Senado Federal²¹ e pela Câmara dos Deputados²², não tendo sido objeto de veto presidencial.

Como se vê, a redação do inciso V do art. 966 do Código de Processo Civil de 2015 foi inserida ainda durante os debates da Comissão de Juristas, como forma de acomodar as várias formulações que se pretendia dar ao dispositivo. Embora não se tenha informação acerca de eventuais debates orais travados entre parlamentares a respeito do tema, o que fugiria, inclusive, fugiria ao escopo do presente trabalho, fato é que a redação passou incólume pelas comissões

²¹ O Parecer 1.624/2010 da Comissão Temporária da Reforma do Código de Processo Civil (publicado no Diário do Senado Federal nº 201, de 07/12/2010) apresentou 220 emendas ao texto do anteprojeto, mas nenhuma delas referente à alteração da hipótese de cabimento de rescisória.

²² Na Câmara foram apresentadas 900 emendas ao projeto, mas, igualmente, nenhuma delas dizia respeito à alteração da hipótese de cabimento de ação rescisória. O Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 8.046-A de 2010 do Senado Federal (PLS Nº 166/10 na Casa de origem), “Código de Processo Civil” manteve a redação dada pela comissão de juristas e aprovada pelo Senado, com mera alteração gramatical (de “violarem manifestamente norma jurídica” passou a “violam manifestamente norma jurídica”).

especiais do Senado e da Câmara, não tendo sido sequer objeto de alguma das 1.120 emendas apresentadas ao texto do anteprojeto por deputados e senadores.

Não obstante, após a publicação do texto final do Código de Processo Civil de 2.015, mas ainda durante o período de *vacatio legis*, foram apresentados dois projetos de lei na Câmara dos Deputados tendentes a promover algumas alterações de texto no novo Código de Processo Civil (PL 2.384 e PL 2.468). Autuados em apenso, nenhum dos dois projetos previa inicialmente qualquer alteração no que toca às hipóteses de cabimento de ação rescisória.

Porém, durante o trâmite legislativo o deputado Paulo Teixeira apresentou emenda ao projeto com vistas a explicitar o cabimento de rescisória contra enunciado de súmula ou acórdão. A emenda foi aprovada, de modo que o texto final enviado da Câmara ao Senado inseriu os parágrafos quinto e sexto ao art. 966 do Código de Processo Civil.

O parágrafo quinto, nos termos em que foi aprovado na Câmara, previa ação rescisória, nos termos do inciso V do caput do art. 966, contra decisão baseada em enunciado de súmula, acórdão ou precedente previsto no art. 927, que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento. Por sua vez, o Parágrafo sexto estabelecia que quando a ação rescisória fosse fundada na hipótese do parágrafo quinto caberia ao autor, sob pena de inépcia, demonstrar, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não examinada.

No Senado, o projeto recebeu o número 168/2015. O Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania foi pela aprovação do acréscimo dos parágrafos 5º e 6º ao art. 966. Abaixo, o trecho do parecer relativo a esse dispositivo:

O inciso V do art. 966 do novo CPC prevê o cabimento de ação rescisória no caso de manifesta violação a normas jurídicas. A amplitude hermenêutica do texto poderá ensejar muitas dúvidas na jurisprudência e na doutrina, razão por que convém que o legislador se antecipe a se pronunciar sobre uma situação importantíssima a ser considerada como causa de rescisão. É que, entre as várias diretrizes teóricas que inspiraram o novo Código, o respeito à jurisprudência pelas instâncias inferiores

desempenha um papel de destaque, do que dá prova o art. 927 do novo CPC, que, além de exigir dos juízes e tribunais observância a manifestações jurisprudenciais vinculantes ou procedentes do plenário ou dos órgãos especiais dos respectivos tribunais, impõe que o magistrado exponha textualmente a pertinência ou não dos precedentes citados pelas partes. Naturalmente, se o magistrado decidir o caso violando essas manifestações jurisprudenciais, isso deve ser interpretado como uma manifesta violação a norma jurídica. Nesse sentido, a proposição em pauta orna-se com o mérito de acrescentar dois novos parágrafos ao art. 966 do novo CPC, a fim de esclarecer isso, de maneira que esse preceito deve ficar assim formatado: (...) ²³

A redação final aprovada pelo Senado trouxe algumas alterações ao texto da Câmara. Substituiu-se, no texto do parágrafo quinto, “enunciado de súmula, acórdão ou precedente” por “enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos”. Desse modo, o texto aprovado pelo Senado e sancionado sem vetos pela Presidente da República²⁴ passou a estabelecer o cabimento de ação rescisória fundada no inciso V do art. 966, contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento. Mantendo a redação aprovada na Câmara, o parágrafo sexto estabelece ao autor da rescisória o dever de demonstrar que se trata de hipótese fática distinta ou de questão jurídica não examinada.²⁵

Como se vê, a alteração legislativa aprovada pelo Congresso Nacional, sob a justificativa de que caberia ao legislador dirimir futuras dúvidas acerca da amplitude da disposição do art. 966, V, do Código de Processo Civil, estabeleceu hipóteses em de violação à norma jurídica como fundamento de rescisória.

²³ SENADO FEDERAL. *Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 168, de 2015, do Deputado Carlos Manato*. Relator. Sen. Blairo Maggi. Disponível em <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123769>. Acesso em 27 de dezembro de 2015.

²⁴ Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016.

²⁵ SENADO FEDERAL. Diário do Senado Federal. Ano LXX. Nº 204. 16 de dezembro de 2015. p. 257.

Nos termos propostos nos dois parágrafos que, considerada a futura sanção presidencial, serão acrescentados ao art. 966, serão consideradas violação à norma jurídica as hipóteses em que a decisão tenha sido proferida sem o correto *distinguishing* entre a situação fática e a norma que lhe deu fundamento. Assim, caberá rescisória caso o acórdão rescindendo tenha sido fundamentado em súmula ou julgamento de recurso repetitivos, mas tenha cometido equívoco ao aplicar a norma.

Embora o texto aprovado pelo Senado tenha deixado de fazer menção expressa a precedentes, o objetivo da norma é justamente prever a possibilidade de rescisória para casos em que o precedente tenha sido mal aplicado pelo julgador. É evidente que não se pode encarar o regramento como uma carta branca para que se utilize a rescisória em toda e qualquer situação na qual se possa, mesmo que de modo temerário, sustentar a contrariedade a precedente²⁶.

Conforme será abordado mais à frente, essa previsão normativa, assim como todo o regramento acerca das ações rescisórias, deve ser encarada dentro do conceito hartiano de zonas de penumbra e certeza. A rescisória por violação à norma jurídica decorrente da má aplicação do precedente deve ser válida para as questões em que houve flagrante desrespeito à norma – e não para os casos em que mais de uma interpretação pudesse ser extraída da análise fática e jurídica.

2.2.2 Justificação teórica da previsão de rescisória por violação à norma jurídica: norma jurídica enquanto soma dos conceitos de regra a princípio.

A redação do inciso V do art. 966 do Código de Processo Civil foi dada pela Comissão de Juristas encarregada de elaborar o anteprojeto e passou pelas duas casas do Congresso Nacional sem qualquer alteração substancial. A violação de norma jurídica tomou o lugar da violação a literal disposição de lei dada a necessidade, sentida pelos membros da comissão de juristas, de não

²⁶ Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 339/340.

restringir a rescisória apenas a hipóteses de violação ao texto da lei, mas abarcar também os casos de violação a princípios jurídicos e, de um modo geral, o direito não escrito.

Embora os documentos oficiais não tenham sido instruídos com artigos ou textos teóricos e doutrinários que demonstrassem e dessem fundamento a alteração legislativa, cabe uma pequena incursão teórica com vistas a estudar as justificativas que amparam a mudança, nos termos pensados pelos responsáveis pela aprovação do texto.

Como se sabe, a doutrina costuma elaborar uma distinção, já amplamente conhecida, entre princípios e regras. Na teoria de Alexy, a principal diferença entre princípios e regras é a de que os primeiros devem ser encarados como mandados de otimização a serem aplicados na maior medida do possível²⁷, enquanto as segundas devem ser aplicadas de modo a se efetivar exatamente o que elas prescrevem²⁸. Segundo o autor, há diversos critérios para se fazer a distinção entre regras e princípios²⁹, sendo mais utilizado o da generalidade.

Em linhas gerais, esse critério quer dizer que os princípios possuem mais alto grau de generalidade do que as regras. Assim, a diferença entre princípios e regras fica mais evidente nos casos em que se avalia o possível choque entre duas regras ou entre dois princípios. Nas palavras de Alexy, quando se estiver diante de um atrito entre duas regras se estará diante de uma situação de conflito; quando entre dois princípios, de colisão³⁰.

Desse modo, tanto o conflito como a colisão ocorrem devido à existência de duas normas que, se aplicadas de forma isolada, conduzem a resultados diferentes e contraditórios entre si. A diferença reside no fato de o conflito de regras somente admitir a aplicação de uma norma jurídica válida, devendo-se considerar a invalidade das demais para aquele caso, de modo que é inconcebível

²⁷ ALEXY. Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros.

²⁸ SILVA. Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 45.

²⁹ SILVA. Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 69 e ss.

³⁰ Idem. p. 92."

a validade de dois juízos concretos que se mostrem contraditórios, haja vista que só há possibilidade de exigir-se o cumprimento de apenas uma norma.³¹

Por outro lado, quando se tratar de colisão de princípios a solução será diametralmente inversa, porque não se verificará a invalidade de um deles, tampouco haverá uma cláusula de exceção com caráter geral. Na verdade, o conflito deve se resolver por meio da “lei de colisão”, que se consubstancia na técnica de “ponderação de princípios”. Havendo colisão de dois princípios, ambos os referentes à mesma conduta, um deles terá que ceder, mas sem que isso conduza à invalidade do princípio não aplicado naquele caso.

A “lei de colisão” esclarece a ideia de que não há hierarquia absoluta de prevalência entre princípios, porque estes se referem a situações e ações que não podem ser quantificadas matematicamente. Em situações de conflito de princípios, a solução perpassa pela análise do caso concreto à luz de uma relação de preferência condicionada (princípios com pesos diferentes e com maior precedência)³². Mas isso não induz à prevalência absoluta de um princípio em relação ao outro, pois, se assim fosse, estar-se-ia diante de um conflito de regras.

O procedimento na busca da solução para uma colisão de princípios também se encontra no plano dos valores. Nesse plano são avaliadas as circunstâncias fáticas na dimensão do peso do princípio que deve ser o preponderante³³, exigindo-se, para tanto, a análise dos valores constitucionalmente assegurados, dos direitos fundamentais e dos demais princípios envolvidos, de modo que um deles irá ceder no caso concreto.

No trecho de “Levando os direitos a sério” em que se dedica ao estudo das diferenças entre regras e princípios³⁴, Dworkin se refere a uma “dimensão do peso” dos princípios e a uma “aplicação disjuntiva” das regras³⁵. A dimensão de peso quer dizer que a aplicação de um ou outro princípio deve ser analisada a

³¹ DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. São Paulo: WVC, 2004, p. 63.

³² Idem. p. 96.

³³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 93.

³⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.102.

³⁵ DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. São Paulo: WVC, 2004, p. 68/69.

partir de sua importância em cada caso concreto, sem que se proceda uma verificação apriorística de qual deles prevalecerá nessa ou naquela ocasião³⁶. Interessante notar que, para Alexy e Dworkin, um princípio, ao contrário do que ocorreria com uma regra, pode ser válido, mas não ser aplicado e ainda assim persistir em sua validade³⁷. Logo, os princípios não se anulam entre si (como ocorre no caso das regras) e não possuem exceções exaustivamente enumeradas.

Partindo do conceito de norma como gênero do qual são espécies as regras e os princípios, cabe perguntar se não haveria descompasso entre a teoria de Alexy, que prevê colisão apenas entre princípios, e o texto do novo Código, que fala em colisão entre normas. A resposta pode ser encontrada na própria doutrina de Alexy, que trabalha também tal hipótese.

Um exemplo de conflito de regras, dado por Alexy, é o caso de uma norma prescrever a proibição de sair da sala antes do toque do sinal sonoro de saída e outra norma em que ordena a saída da sala quando soar alarme de incêndio. Nesta situação, se um sinal de saída não houver tocado e o alarme de incêndio tiver soado, o resultado dessas regras conduz a juízos concretos conflitantes entre si. Tal situação só se resolverá mediante a inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de exceção que prevê o caso do alarme de incêndio. Não havendo essa previsão, resta apenas declaração de invalidade de uma das duas regras, de modo que a conclusão para o problema é a de que não existe um grau de validade jurídica de uma norma com natureza de regra: ou ela é válida ou não é³⁸. A solução para o conflito de regras, nas palavras de Alexy, “pode ser solucionado por meio de regras como *lex posteriori derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, mas também é possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito³⁹”

Desse modo, Alexy vai ao encontro das teorias que preveem critérios de soluções para antinomias nos casos de conflitos entre normas. Com efeito,

³⁶ Idem p.42/43.

³⁷ Idem p.23 e ss.

³⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 92

³⁹ Idem. p. 93.

Norberto Bobbio, em sua clássica Teoria do Ordenamento Jurídico, já expunha de modo detalhado o problema do conflito de normas, ou antinomias, referindo-se a ele como uma “dificuldade tradicional à qual se encontram os juristas de todos os tempos”⁴⁰.

Para que se verifique uma antinomia, costuma ser elencado como necessário, em primeiro lugar, que as normas conflitantes sejam jurídicas e estejam em vigor num mesmo ordenamento. É também necessário que provenham de autoridades competentes no mesmo âmbito normativo, mas, ainda assim, sejam contraditórias entre si, de modo que o destinatário se veja em uma situação insustentável.⁴¹

Como se sabe, a doutrina apresenta três critérios para a solução de antinomias⁴², além de serem admitidas as antinomias “reais”, assim entendidas como aquelas em que “não se pode aplicar nenhuma das regras pensadas para a solução de antinomias (...), [nesses casos] o interprete é abandonado a si mesmo ou pela falta de um critério ou por conflito entre os critérios dados”⁴³. Embora as antinomias reais não sejam passíveis de remoção pelos critérios tradicionais, o conflito pode ser eliminado, no âmbito legislativo, por nova norma ou, no judicial, pelo recurso à doutrina, costumes, princípios gerais do direito⁴⁴. Aliás, parece ser, de fato, essa a solução dada pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), cujo artigo 4º estabelece que quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Uma situação contemporânea, não respondida pelos principais representantes do positivismo, como Bobbio, é o resultado de um conflito entre uma norma (aplicável ao caso) e um princípio contrário a esta norma. Pense-se no exemplo dado por Shauer, em uma norma que proíba a entrada de cães em

⁴⁰ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª ed. Brasília: UNB, 1999. p. 81.

⁴¹ *Ibidem*. p. 81/86.

⁴² Os critérios são o cronológico, o hierárquico e o da especialidade. *Idem*. p. 93.

⁴³ *Idem*. p. 93

⁴⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 211.

um determinado órgão público e, por outro lado, a dignidade de uma pessoa cega que para adentrar ao local depende de seu cão guia.⁴⁵

Esse conflito depende de uma reflexão por parte do intérprete. Como as dimensões de validade e de peso são distintas, na ótica de Alexy (e neste ponto a obra do autor é de extrema relevância), não é possível resolver este conflito comparando a regra com o princípio conflitante. É preciso identificar uma regra que possa ser comparada com a primeira regra, ou é preciso identificar o princípio que fundamenta a regra para compará-la com o segundo princípio. Do contrário, não há plano racional para que o conflito ou colisão seja sanado. Como um princípio pode não ter sido concretizado em termos normativos a ponto de que se tenha um conflito de regras, o que levaria à aplicação do item anterior, é mais provável que o caso seja convertido em uma colisão de dois ou mais princípios, aplicando-se o item seguinte.

A técnica da ponderação é apresentada por Alexy como um critério para a solução de conflitos entre princípios, com o objetivo de assegurar racionalidade ao sistema jurídico. O critério da ponderação se insere no conceito de sistema jurídico de três níveis, composto de regra, princípio e procedimento⁴⁶. Isso porque, de acordo com Alexy, um sistema jurídico composto apenas de regras tenderia a apresentar muitas lacunas, ao passo que um sistema composto apenas por princípios fragilizaria a segurança jurídica. Caberia, então, considerar um sistema jurídico misto, que utilizasse de maneira complementar tanto regras quanto princípios⁴⁷.

Esse sistema misto, composto de regras e princípios, também se manifestaria, no entender do autor, insuficiente, ao que propõe a existência de um terceiro nível, correspondente ao procedimento através do qual são aplicadas as regras e princípios, conferindo racionalidade ao sistema⁴⁸.

⁴⁵ SCHAUER, Frederick. *The Force of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

⁴⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 174.

⁴⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 168.

⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 173.

O modelo de três níveis relaciona a técnica da ponderação com o princípio da proporcionalidade, o qual, de acordo com Alexy, se subdivide em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A respeito da adequação, Virgílio Afonso da Silva pondera que “uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido”⁴⁹. Em outras palavras, adequação significa o uso do meio mais adequado para alcançar o fim desejado.

Feita a análise da adequação, passa-se a da necessidade, a qual, de acordo com Ávila, consiste em verificar “se, dentre todas as disponíveis e igualmente eficazes para atingir um fim, é a menos gravosa em relação aos direitos envolvidos”⁵⁰. Ou seja, a necessidade exige verificar a existência ou inexistência de outro meio menos gravoso, de modo que determinado meio somente é necessário se não há outro menos restritivo. A análise da adequação e da necessidade é importante por permitir averiguar que “se o meio escolhido não for adequado nem necessário, é proibido”⁵¹.

Para além da adequação e da necessidade, o princípio da proporcionalidade comporta, ainda, uma terceira subdivisão: “a proporcionalidade em sentido estrito” ou “ponderação”. Segundo o autor, “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção”⁵². Considerando a eventualidade de a colisão não ter sido solucionada mediante a observância de adequação e da necessidade, parte-se para a ponderação, o que corresponde, metaforicamente, a colocar os princípios colisos em uma balança para verificar qual deles é realmente importante na situação analisada.⁵³

⁴⁹ AFONSO DA SILVA, Luis Virgílio. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abril 2002, p. 26.

⁵⁰ AVILA. Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*. Ano I. Vol. I.

⁵¹ AVILA. Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*. Ano I. Vol. I..

⁵² ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p.160

⁵³ AVILA. Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*. Ano I. Vol. I..

Como se vê, o conceito de norma jurídica é gênero do qual são espécies os princípios e as regras. Conforme se extraí dos debates que conduziram ao texto do anteprojeto, foi certamente esse conceito que levou os membros da Comissão de Juristas a prever a violação à norma jurídica como hipótese de cabimento de ação rescisória, em substituição à literal disposição de lei.

Somente com base nos elementos descritos acima, seria possível questionar, por exemplo, o cabimento de ação rescisória por violação a princípio jurídico. Caso determinado tribunal decida com base em uma norma com natureza de regra, seria possível o ajuizamento de rescisória por violação a algum princípio que deixou de ser observado pelo julgador? Ou, pior, se ao invés de decidir com base em uma regra, o tribunal tenha fundamentado a decisão em algum princípio jurídico, como no caso clássico do fornecimento de medicamentos pelo Estado em que o pedido pode ser indeferido com base no princípio da reserva do possível, por exemplo. Nesse caso, caberia rescisória sob o fundamento de que o princípio da dignidade da pessoa humana deixou de ser observado?

Nesse ponto, alguém poderia argumentar que não haveria motivo para não admitir tal ação em casos como esse, pois, tendo o legislador estabelecido a violação a norma jurídica como hipótese de cabimento de rescisória, seria acertado pensar que a inobservância de princípio jurídico estaria abarcada pelo permissivo legal.

O raciocínio, apesar de coerente em aparência, provavelmente não poderia ser considerado correto. Se poderia dizer que não caberia rescisória em tais casos porque se estaria a rediscutir os argumentos de direito que já foram, ou já deveriam ter sido, analisados na ação original, o que não pode implicar na rescisão do julgado. Essa afirmação ganha força a partir da dicção do próprio art. 966, V, do Código de Processo Civil, que usa o qualificativo “manifesta” ao se referir à violação de norma que pode conduzir à ação rescisória. Logo, somente as decisões que violem manifestamente alguma norma jurídica (princípio ou regra) é que são passíveis de rescisão.

A solução parece simples, mas não resolve o problema. Falta saber quando uma decisão violaria manifestamente uma norma e quando não violaria, ou seja, falta saber quais critérios qualificariam uma violação como manifesta ou

não manifesta. Não se nega que há casos em que muito facilmente se poderia concluir por uma das duas opções com razoável grau de certeza.

Por outro lado, também deve ser considerada a existência de situações em que a “manifesta violação” não pode ser apurada de modo simples. Para fins ilustrativos, se poderia imaginar hipótese em que o Superior Tribunal de Justiça tenha pacificado entendimento no sentido de aplicar determinado princípio a uma solução concreta. Haverá violação manifesta àquele princípio caso determinado tribunal deixe de aplicar o entendimento da corte suprema e decida de modo diverso?

3 O CONCEITO DE NORMA JURÍDICA.

O conceito de norma jurídica é de fundamental relevo para a compreensão da nova hipótese de cabimento de ação rescisória. Isso porque a alteração trazida pelo art. 966, V, do Código de Processo Civil de 2015 foi muito além de propor uma simples correção redacional à quinta hipótese de cabimento de ação rescisória prevista no código anterior.

Quando se insere a hipótese de violação minifesta à norma jurídica no lugar da que se referia à literal disposição de lei, mais do que simplesmente abarcar em uma única expressão os conceitos de regra e princípio, se está a admitir, mesmo que inconscientemente, que literalidade de lei não é a mesma coisa que norma jurídica.

No entanto, antes de se pensar na distinção entre texto e norma como conceitos diversos, é importante considerar que, em dado momento, houve a necessidade de se prever justamente o contrário, defendendo-se uma total unicidade entre esses dois institutos, que passaram a ser compreendidos como fruto exclusivo da obra legislativa, fechado a qualquer interferência ou influência externa.

Mais do que simples adereço, esse aporte teórico é importante para que o conceito de norma jurídica previsto no art. 966 do Código de Processo Civil possa ser compreendido em perspectiva temporal e, desse modo, permita a descoberta de subsídios para que se avalie a extensão e a profundidade desse novo dispositivo legal.

3.1 O FORMALISMO INTERPRETATIVO E A NOÇÃO DE NORMA ENQUANTO FRUTO DA ATUAÇÃO LEGISLATIVA.

Durante muito tempo, o formalismo interpretativo foi responsável pela ideia de que a interpretação possui natureza cognitiva, de modo que caberia ao

intérprete investigar o sentido do texto legal e delinear o significado descoberto a partir dessa interpretação. Considerando a interpretação como atividade de descoberta do sentido do direito, essa teoria não relegava ao intérprete, e à atividade judicial de um modo geral, outra atividade senão a de perquirir o sentido exato dos textos legais para depois descrever o resultado dessa investigação⁵⁴.

No âmbito dessa teoria, o foco da produção jurídica era o legislador, cuja vontade deveria ser respeitada e, principalmente, sobrepor-se às intenções dos juízes, a quem se buscava negar qualquer atividade interpretativa. Inicialmente, o formalismo é utilizado pela monarquia como forma de manter a centralidade do poder nas mãos do rei, em contraponto ao pluralismo jurídico herdado do direito medieval e descompassado com os ideais absolutistas. Com efeito, apesar de muitas vezes menosprezado em decorrência da mentalidade iluminista, não mais se duvida que o direito medieval representa um grande exemplo de ordem jurídica plural e descentralizada, haja vista que, naquele contexto, o Direito não era fruto de uma vontade soberana, mas decorrente de uma pluralidade de ordenamentos jurídicos que coexistiam e se inter-relacionavam no seio de uma mesma sociedade⁵⁵.

Todavia, se o formalismo foi um instrumento da monarquia absolutista para promover a centralidade do direito nas mãos do Estado, a grande referência à teoria cognitivista vem justamente como forma de fazer cessar o movimento

⁵⁴ GUASTINI. Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 409.

⁵⁵ A visão do direito medieval como uma ordem jurídica plural é detalhada por Paolo Grossi, conforme fica claro no seguinte trecho: “He aquí cómo debemos aproximarnos al derecho medieval: como a una gran experiencia jurídica que alimenta en su seno una infinidad de ordenamientos, donde el derecho – antes de ser norma y mandato – es orden de lo social, motor espontáneo, lo que nace de abajo, de una sociedad que se autotutela ante la religiosidad de la incandescencia cotidiana construyéndose esta autonomía, hornacina propia y autentica protectora del individuo y de los grupos. La sociedad se impregna de derecho y sobrevive porque ella misma es, antes que nada, derecho, debido a su articulación en ordenamientos jurídicos. (GROSSI. Paolo. *El orden jurídico medieval*. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 52). Sem dúvida, essa visão corresponde a um exemplo de pluralismo jurídico, nos termos em que é definido por António Manuel Hespanha: “Por pluralismo jurídico quer-se, portanto, significar a situação em que os distintos complexos de normas, com legitimidades e conteúdos distintos, coexistem no mesmo espaço social. Tal situação difere da actual – pelo menos tal como ela é encarada pelo direito oficial-, em que uma ordem jurídica, a estadual, pretende o monopólio da definição de todo o direito, tendo quaisquer outras fontes jurídicas (v.g., o costume ou a jurisprudência) uma legitimidade (e, logo, uma vigência) apenas derivada, ou seja, decorrente de uma determinação da ordem jurídica estadual. (HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2009, p. 161).

centrípeto de concentração do Direito nas mãos do monarca. Não se tratava, nesse momento, do retorno a uma ordem jurídica plural, mas da tentativa de centralizar o Direito na figura do legislador e, com isso, suprimir cabalmente o poder dos juízes, os quais passariam a ser vistos como meros aplicadores da norma produzida pelos corpos legislativos.

Com essa configuração, cuja justificativa teórica é, em grande medida, a teoria da separação de poderes, surge o mito moderno de que seria possível reduzir a totalidade do fenômeno jurídico à lei escrita, como se fosse possível encerrar nela toda sorte de relações jurídicas travadas no cotidiano de uma sociedade, construindo-se um ordenamento tão completo a ponto de não restar qualquer possibilidade interpretativa.⁵⁶

3.1.1 O formalismo como instrumento de contenção da interpretação judicial.

O formalismo interpretativo, também chamado teoria cognitivista, vem associado à tradição jurídica europeia continental, em especial à francesa, onde, ao contrário do que ocorreu no direito britânico⁵⁷, se estabeleceu a noção de

⁵⁶ O termo mito moderno é uma referência tanto a Paolo Grossi, cuja obra *Mitologias Jurídicas da Modernidade* aponta justamente para os problemas da redução do direito à lei promovida pela modernidade, como também é um aporte à obra *Precedentes*, de Daniel Mitidiero, que, citando Giovanni Tarello, se refere à visão do juiz como mero aplicador do direito como uma ideologia fundada em um mito. (GROSSI. Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Florianópolis: Boiteux. 2007; MITIDIERO. Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 44-45).

⁵⁷ Enquanto a Europa continental desenvolveu seu direito no pano de fundo de uma teoria legalista, o direito inglês trilhou por caminho diverso e construiu seu sistema jurídico, denominado *common law*, com base em um ordenado sistema de precedentes judiciais, sistema esse que veio a ser difundido também entre a maior parte dos países de colonização inglesa, como Estados Unidos, Áustria, Bangladesh, Barbados, Canadá (Província de Quebec), Guiana, Hong Kong, Índia, Inglaterra e Nigéria, entre outros (CAMBI. Eduardo. *Precedentes Vinculantes. Revista de Processo*. São Paulo. vol. 215 (2013). p. 207/245. p. 216). Ao contrário do direito europeu-continental, que tendeu a uma vinculação quase que absoluta do poder de julgar à obra legislativa, a tradição jurídica da *common law* enfatiza a atuação dos juízes na criação do direito. Conforme sintetiza Daniel Mitidiero, “*no common law*, próprio da Inglaterra e dos Estados Unidos, a fonte primária do direito está nos juízes, nos precedentes judiciais, havendo uma legitimação procedimental do direito, orientado pelo senso natural do justo em concreto” (*Colaboração no processo civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT. 2009. p. 49). Discorrendo sobre as diferenças entre *common law* e *civil law*, Gilissen classifica o primeiro como um *judge-made-law* ou um direito Judiciário que sofreu pouca

supremacia da lei ou, em outros termos, de prevalência da atividade do legislador em detrimento da dos magistrados.

Embora se costume associar a teoria formalista à Escola da Exegese e, talvez por decorrência lógica, ao espírito revolucionário que conduziu a monarquia francesa à guilhotina, fato é que a origem da concepção cognitivista remonta a meados do Século XVII, justamente no período em que o absolutismo atingiu seu ponto de maior prestígio. O marco temporal, nesse caso, é a promulgação da *Ordonnance Civile* de 1667⁵⁸, por Luis XIV, Rei da França e Navarra.

A intenção do Rei-sol ao estabelecer a *Ordonnance*, sugestivamente conhecida como *Code Louis*, foi a de romper com o particularismo jurídico que dominava o reino naquele momento. Como o Direito aplicado até então trabalhava com uma multiplicidade de fontes, era grande o leque de opções para a atuação interpretativa dos magistrados, possibilitando-os atuar de modo particularizado nos casos que eram submetidos à sua apreciação e julgamento⁵⁹. Em termos práticos, significava calar o poder interpretativo dos juízes e, com isso, anular a ameaça que poderiam oferecer aos projetos de centralização do poder pelo monarca⁶⁰. Tanto era essa a intenção da *Ordonnance* o pequeno texto de

influência do direito romano e praticamente desconheceu a codificação, elementos esses tão presentes na família romano-germânica (*Introdução Histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 2001. p. 209). Não é demais recordar que, ao invés de grande quantidade de códigos ou mesmo de uma constituição escrita, a Inglaterra possui um sistema de organização judiciária muito peculiar em relação ao dos Estados de tradição romanista, o que possibilita às cortes da alta justiça inglesa estabelecer os precedentes e criar a *common law*. (DAVID. René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002 p. 416 e ss). Sobre o tema, ver MITIDIERO. Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 26-44.

⁵⁸ MITIDIERO. Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 47, citando TARELLO. Giovanni. *Storia della Cultura Giuridica Moderna. I. Assolutismo e Codificazione*. Bologna: Il Mulino, 1976.

⁵⁹ A conclusão histórica é de Daniel Mitidiero, conforme trecho a seguir transcrito: “De um lado, a complexidade das fontes implicava fragmentação do direito a insegurança jurídica, dando-se espaço para que os juízes exercessem, muitas vezes indevidamente em proveito próprio, a *interpretatio* dos diferentes textos e costumes concorrentes, efetivamente decidindo a respeito do significado do direito e resolvendo os inúmeros conflitos normativos evidenciados para a solução dos casos concretos.” (MITIDIERO. *Da persuasão à Vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 46)

⁶⁰ “Tra le condizioni di fatto che hanno contribuito ad avviare il processo di codificazione, occorre in primo luogo menzionare quella situazione, che i secoli XVII e XVIII hanno visto in parte ereditato dai secoli precedenti ed in parte hanno visto prodursi sotto il condizionamento di fattori storico-politici contemporanei, e che va sotto il nome di particolarismo giuridico: situazione che presentava non pochi inconvenienti, per eliminare i quali la cultura giuridica e politica del secolo

apresentação assinado pelo Rei⁶¹ deixa-se clara a intenção de “restaurar a autoridade da Lei em nosso Reino”.

Em seus primeiros artigos, o *Code Louis* deixa clara a obrigatoriedade de sua observância por parte de todos os juízes e tribunais da França, aos quais era vedada qualquer subversão às regras escritas, sob pena de responsabilização pessoal⁶². A preocupação com as decisões particularistas proferidas pela

XVIII si mise presto sulla strada dei programmi di riforma giuridica dei programmi di codificazione. L'espressione particolarismo giuridico'è stata inventata fatta circolare dai giuristi positivisti dall'Ottocento, proprio al fine di contrapporre la felice situazione del diritto codificato a quella, infelice, che la precedeva; e, in fatto, è circolata con maggiore frequenza nella letteratura storico-giuridica francese e italiana che non in quella germanica, in cui la concomitanza di tendenze storicistiche e di tendenze corporativistiche, mentre ostacolava nella prima metà del secolo XIX il processo di codificazione. dissuadeva dall'adozione di uno schema di interpretazione storiografica fondato; sulla contrapposizione tra diritto frantumato in sistemi particolari e diritto unificato da una codificazione uniforme. Come che sia, la locuzione particolarismo: giuridico è utile perché compediosa, e possiamo usarla per brevità e sia pure con cautela. Per particolarismo giuridico' si intende la mancanza di unitarietà e di coerenza dell'insieme delle leggi vigenti in una data sfera spazio-temporale, individuata inseguito adun giudizio di valore secondo il quale in quella stessa sfera vi dovrebbe'essere, o cisi aspetterebbe vi fosse, unità e coerenza di leggi. Come è chiaro, valutazioni e aspettative siffatte si possono rinvenire sia nella cultura contemporanea al fenomeno qualificato, sia nella cultura e nella mentalità dello storico futuro; nel nostro caso, mentre l'uso dell'espressione particolarismo è proprio dello storico ottocentesco, una certa strada sull'individuazione di sfere che dovrebbero esseregiuridicamente unificate è rinvenibile propri nella cultura settecentesca, che da simili individuazioni prende le mosse per i frequenti suoi programmi di riforma.” (TARELLO. Giovanni. *Storia della Cultura Giuridica Moderna. I. Assolutismo e Codificazione*. Bologna: Il Mulino, 1976. p. 28-29. Citado por MITIDIERO. *Precedentes: Da persuasão à Vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 44-45).

⁶¹ “LOUIS, par la grace de Dieu, Roy de France et de Navarre: A tous préfens & à Venir, Salut. Comme la Justice est le plus folide fondement de la durée des Etats, qu'elle affûre le repos des Familles, & le bonheur des Peuples: Nous avons employé tous nos foins, pour la rétablir par l'autorité des Loix au dedans de notre Royaume, après lui avoir donné la Paix par la force de nos Armes. C'est pourquoi ayant reconnu, par le rapport des personnes de grande cxpérience, que les Ordonnances fagement établies par les Rois nos prédécesseurs, pour terminer les Procès, étoicnt négligés ou chargées, par le tems & la malice des Plaideurs; que mêmes elles étoient observées différemment en plusieurs de nos Cours, ce qui causoit la ruine des Familles par la multiplicité des Procedurcs, les fraix des poursuites & la variété des Jugemens; & qu'il étoir néceffaire d'y pourvoir, & rendre Texpedition des affaires plus prompte, plus facile & plus sûre, par le retranchcmcnt de plusieurs délais & actes inutiles, & par l'établifferuent d'un style uniforme dans toutes nos Cours & Siéges. A ces causes, de l'avis de notre Confeil, & de notre certaine science, pleine puistance & autorité Royale, Nous avons dit, déclaré & ordonné, disons, déclarons, or donnons & nous plaît, ce qui enfuit”. (texto original, no francês da época, reproduzido por SERPILLON. Francois. *Code civil ou Commentaire sur l'ordonnance du mois d'avril 1667*. Paris: Delaguette Libraire Imprimeur. MDCCLXXVI – 1776. p. 1).

⁶² “ARTICLE PREMIER: Voulons que la présente Ordonnance, & celles que nous ferons ci-après, ensemble les Edits & Déclarations que nous pourrons faire à l'avenir, foient gardées & observées par toutes nos Cours de Parlement, Grand'Confeil, Chambres des Comptes, Cours des Aydes, & autres nos Cours, Juges, Magiftrats, Officiers, tant de nous que des Seigneurs , & par tous nos autres sujets , même dans les Officialités. (...) ARTICLE VI: Voulons que toutes nos Ordonnances, Edits, Déclarations, & Lettres Patentes, foient obfervées tant au Jugement des Procès qu'autrcment, fans y contrevenir , ni que fous prétexte d'équité , bien public ,

magistratura da época também fica evidenciada nos comentários ao *Code Louis*, de Francois Serpillon. Na obra, datada da segunda metade dos Setecentos, o autor destaca que mesmo os julgamentos feitos pelo conselho privado do rei são voltados à análise de situações particulares e não como regramentos gerais que conduzissem a uma aplicação uniforme do Direito por todo o Reino⁶³.

A partir desse momento histórico, portanto, passa-se a um trabalho doutrinário de sistematização e ordenação racional do direito, com vistas a permitir sua aplicação a partir de um método lógico-dedutivo semelhante ao das ciências naturais⁶⁴. Essa sistematização é levada a cabo, na França, por Jean Domat, cuja obra, inspirada em Blaise-Pascal e paralela ao trabalho de Leibniz⁶⁵, compreende que a razão tem uma capacidade poderosa de lógica e organização, o que permite que o método geométrico pode ser aplicado a todas as ciências, inclusive ao direito⁶⁶.

acceleration de la Justice , ou de ce que nos Cours auroient à nous représenter , elles ni les autres Juges s'en puissent dispenser, ou en moderer les dispositions , en quelque cas , & pour quelque cause que ce soit. (...) ARTICLE VIII: Declérons tous Arrêts & Jugemens qui feront donnés contre la disposition de nos Ordonnances, Edits & Déclarations, nuls & de nul effet & valeur; & les Juges qui les auront rendus responsables des dommages & intérêts des Parties, ainsi qu'il fera par Nous avifé". (texto original, no francês da época, reproduzido por SERPILLON. Francois. *Code civil ou Commentaire sur l'ordonnance du mois d'avril 1667*. Paris: Delaguette Libraire Imprimeur. MDCCLXXVI – 1776. p. 2-9).

⁶³ “Nos Rois ayant par tout établi des Juges, fur lesquels ils fe font déchargés du soin de décider tous les différends qui peuvent naître entre leurs Sujets, n'ont pas accoutumé de faire des Loix ou des Reglemens, per epifolam; & pour ce qui regarde les Arrêts qui se rendent tous les jours au Coufcil privé du Roi, aufquels on pourroit comparer les Décrets des Empereurs, comme ils fe font toujours rendus fur des circonstances particulières, nous n'avons pas accoutumé de les regarder comme des Loix générales, qui atraignent les juges à décider de la même manière en des cas femblables”. (SERPILLON. Francois. *Code civil ou Commentaire sur l'ordonnance du mois d'avril 1667*. Paris: Delaguette Libraire Imprimeur. MDCCLXXVI – 1776. p. 4).

⁶⁴ TARELLO. Giovanni. *Storia della Cultura Giuridica Moderna. I. Assolutismo e Codificazione*. Bologna: Il Mulino, 1976. p. 177; MITIDIERO. *Precedentes: Da persuasão à Vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 49-50.

⁶⁵ Sobre a relação entre Leibniz e Domat, Mitidiero alerta que, “embora ambos os autores apresentem notáveis convergências é um equívoco de reconstrução histórica procurar compreender o fenômeno da geometrização do direito e da tecnicização de interpretação no direito francês – e na tradição romano-canônica em geral – somente na trilha de Leibniz. (...). Como é sabido, Jean Domat influenciou de forma decisiva não apenas Montesquieu, mas também Porthier, sendo por essa razão considerado um dos mais influentes autores na formação da cultura jurídica moderna. (MITIDIERO. *Precedentes: Da persuasão à Vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 49, rodapé).

⁶⁶ “In Domat's traditional vision of the world, however, philosophy of law is associated with the dictates of reason, not the least original of his tenets. Indeed, if civil and political laws find their regulative truth in the natural order willed by God, and their juridical value in the transcendent justice governing the universe, human reason is able to discover the paradigms of truth and

O método formalista inaugurado pelo *Code Louis* ganha força no momento posterior à Revolução, quando, mais uma vez, se busca limitar o poder interpretativo dos juízes. A justificação teórica é a teoria da separação de poderes de Montesquieu, de onde se retira a ideia de supremacia da função legislativa e vinculação à vontade histórica do legislador.

3.1.2 Estado liberal clássico e o respeito à vontade histórica do legislador.

Com o advento do Estado Moderno, a ideia de lei enquanto ordem do soberano é substituída pela noção de que os textos legais são enquanto produto da vontade popular, seguindo-se a fórmula contratualista de Rousseau, segundo o qual o poder legislativo deve obrigatoriamente pertencer ao povo.⁶⁷

Nesse momento, o formalismo interpretativo ganha os contornos os contornos pelos quais passou a ser fortemente identificado nos séculos seguintes. Também chamado de teoria cognitivista, essa teoria chega até os dias atuais a partir de sua correlação com os trabalhos da Escola da Exegese⁶⁸, institucionalizada logo após a outorga do Código Civil francês de 1804 e dominante no cenário jurídico continental durante o século seguinte⁶⁹.

value by its “natural light”; reason's main task is to transcribe the natural order onto the legal apparatus. Domat thinks, like Antoine Arnauld and his friends of Port-Royal, that reason has a powerful capacity of logic and organization. It follows that reason promotes systematization and codification of this legal apparatus. This is why Portalis, the writer of the French Code civil, takes Domat's system of law as a model. In it, natural order and rational order are joined together”. GRAY. Christopher Berry (editor). *The philosophy of Law: an Encyclopedia*. New York: Library of Congress. 1999. p. 226.

⁶⁷ “Nous avons vu que la puissance législative appartient au peuple, et ne peut appartenir qu'à lui.» (ROUSSEAU. Jean-Jacques. *Du contrat social ou principes du droit politique*. Paris: Union Générale d'Éditions, 1963. p. 49).

⁶⁸ VILLA. Vitorio. *La teoria dell'interpretazione giuridica fra formalismo e antiformalismo*. Disponível em http://www2.units.it/etica/2006_1/VILLA.pdf. Acesso em 23 de novembro de 2015).

⁶⁹ Segundo Perelman, a fase de instauração da Escola da Exegese vai da promulgação do Código Civil, em 1804, até os idos de 1830/1840. Daí até 1880, tem-se a fase de apogeu. O declínio tem como marco temporal a obra *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, publicada por François Geny em 1899. (PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 31).

Como se sabe, o contexto da codificação napoleônica fez surgir a ideia de que todas as questões de direito estariam disciplinadas na lei formal, cabendo aos órgãos julgadores apenas extrair do código o significado interpretativo que já estaria implicitamente contido neles⁷⁰. Ao abordar o assunto, Perelman esclarece que “essa concepção, fiel à doutrina da separação dos poderes, identifica o direito com a lei e confia aos tribunais a missão de estabelecer os fatos dos quais decorrerão as consequências jurídicas, em conformidade com o sistema de direito em vigor”⁷¹.

Com efeito, nos planos histórico e teórico, pode-se afirmar que a concepção exegética do direito reflete não apenas a unidade entre lei e direito, como também as preocupações que dominavam a agenda revolucionária. Recorde-se, como faz Marinoni⁷², que a mais prestigiada teoria da separação de poderes, publicada às vésperas da Revolução, prega a total obediência dos magistrados às prescrições legais, furtando-lhes qualquer espécie de discricionariedade em suas decisões. Segundo essa teoria, “os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”⁷³.

A separação de poderes de Montesquieu surge na clara intenção de regular as liberdades, tanto é que as primeiras referências ao poder judicial se encontram no Livro intitulado “Das leis que formam a liberdade política em sua relação com a constituição”⁷⁴. Logicamente, parece claro que, se o fato de separar os poderes era uma garantia das liberdades individuais, não dar autonomia ao alvedrio do Judiciário também era. Indo ao encontro da posição já defendida por alguns outros clássicos, como, por exemplo, John Locke⁷⁵, Montesquieu confia na

⁷⁰ TARELLO. Giovanni. La scuola dell'esegesi e la sua diffusione in Italia, in *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988.

⁷¹ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 32.

⁷² MARINONI. *Teoria geral do processo*. 4ª ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010. p. 35 e ss.

⁷³ MONTESQUIEU. Charles de Secondat. Barão de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 175.

⁷⁴ MONTESQUIEU. Charles de Secondat. Barão de. *O espírito das leis*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p. 165.

⁷⁵ Em termos temporais, a teoria da separação de poderes de Montesquieu é precedida pela de John Locke, na qual não se fazia nenhuma distinção entre os fatos de aplicar a lei judicialmente

supremacia do legislativo sobre os demais poderes, o que se justifica com base naquilo que Bobbio denomina “princípio da autoridade”⁷⁶.

De outra parte, também não pode ser ignorado o fato de que a constante preocupação do autor em aproximar o direito do objetivismo⁷⁷ se assenta, em grande medida, pelo momento histórico em que está inserido. O Espírito das Leis é publicado em um momento não apenas de transição entre o medieval e o moderno, mas também marcado por uma aristocracia judiciária que parecia tão-somente cancelar o sistema feudal, do qual ela mesma era distinta integrante⁷⁸. Assim, como forma de impedir os desmandos de uma magistratura corrompida e fortemente ligada ao Antigo Regime, o nobre francês passa a buscar o modo de ser do direito em fatores puramente objetivos, nos quais o espaço de atuação dos juízes ficava propositalmente diminuído⁷⁹.

Embora a Escola da Exegese somente tenha sido institucionalizada algumas décadas após a publicação do Espírito das Leis, a desconfiança em

ou por meio da atividade legislativa, ou seja, Locke sequer reconhecia a função de julgar como merecedora de um poder autônomo, mas como parte da função executiva. O caráter preponderante da função legislativa fica muito claro na obra de Locke, em que não se admite que a função executiva, que, em sua teoria, engloba a atividade judiciária, tenha a capacidade de resolver conflitos entre poderes, o que, em se tratando de uma interpretação de caráter constitucional, caberia ao próprio Legislativo. Nas palavras do autor, “em todos os casos, enquanto subsistir o governo, o Legislativo é o poder supremo. Pois o que pode legislar para outrem deve por força ser-lhe superior; e como o Legislativo o é tão somente pelo direito de elaborar leis para todas as partes e para cada membro da sociedade prescrevendo regras para suas ações e concedendo poder de execução onde quer que sejam transgredidas, deve por força ser o poder supremo e todos os demais poderes depositados em quaisquer membros ou partes da sociedade devem derivar dele ou ser-lhes subordinados” (LOCKE. John. *Dois tratados sobre governo*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 519)

⁷⁶ “O argumento fundamental que guia os operadores do direito no seu raciocínio jurídico é o princípio da autoridade, ou seja, a vontade do legislador que pôs a norma jurídica.” (BOBBIO. Norberto. *Lições de Filosofia do Direito*. Trad. Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Icone. 1995. p. 79).

⁷⁷ “Se bem que tal concepção, no que ela tem de histórico-sociológico e de relativista, não pudesse favorecer muito a construção de princípios fixos para guiar a legislação e a doutrina, o que é certo é que, desistindo de radicar o direito na vontade ou na inteligência individuais, marca um sinal de reação contra o subjectivismo das doutrinas anteriores” (HESPANHA. António Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*. 2ª ed. Lisboa: Europa-América. p. 161).

⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 26/28.

⁷⁹ “Temos aqui uma tentativa de aproximar o direito quer de um cálculo quer de uma paisagem, seja como for de algo cuja tranquilizadora exatidão deveria poder proteger-nos contra os abusos de uma justiça corrompida como a do Antigo Regime” (PERELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 32).

relação ao poder judiciário não havia sido superada. Foi com base na teoria da separação de poderes que os exegetas firmaram seu posicionamento hermenêutico em defesa do respeito à vontade histórica do legislador e da noção de que o ordenamento jurídico seria completo e a lei, portadora de um único significado válido⁸⁰.

3.1.2.1 A exegese do Artigo 4 do *Code Napoleón*.

O pressuposto subjacente a teoria cognitivista da interpretação é que o significado das frases legais é preexistente e, assim o sendo, demanda uma atividade de interpretação a respeito do significado daquele enunciado legislativo. Para que isso fosse possível, contudo, se fazia necessário contar com um sistema de direito de tal modo completo e coerente que fosse capaz de prever todas as hipóteses em que fosse necessária a atuação judiciária⁸¹.

Apesar de ter sido esse o método interpretativo consagrado pela Escola da Exegese para a aplicação do Código Civil francês, o fato é que os próprios redatores daquela obra legislativa tinham consciência de que não seria possível que a legislação previsse todas as hipóteses que pudessem reclamar uma resposta jurisdicional.

Os próprios revolucionários já tinham se dado conta de tal impossibilidade, tanto é que haviam criado a regra de reenvio ao legislador (*référé législatif*) para que este suprisse a insuficiência ou equivocidade normativa⁸². Com

⁸⁰ “L’idea centrale di questa scuola è che nel codice ci sono tutte le risorse per consentire di decidere ogni caso concreto (principio della completezza della legge), e proprio perché nel codice è contenuta la legge stessa della ragione. Il codice è considerato come tendenzialmente completo, o comunque completabile senza stravolgimenti da parte dall’interprete. Quest’ultimo deve dunque cavar fuori dai testi tutto ciò che essi già contengono, quantomeno implicitamente. Il criterio ermeneutico fondamentale per cogliere il significato (l’unico significato corretto) delle espressioni contenute nelle varie disposizioni è quello della intenzione o volontà storica del legislatore, la quale si suppone stia dietro alla formulazione dell’enunciato”. (VILLA. Vitorio. *La teoria dell’interpretazione giuridica fra formalismo e antiformalismo*. Disponível em http://www2.units.it/etica/2006_1/VILLA.pdf. Acesso em 23 de novembro de 2015).

⁸¹ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 33.

⁸² “Os revolucionários pretenderam impedir o juiz de interpretar a lei e, na mesma dimensão, conceberam o Tribunal de Cassação, destinado a cassar qualquer pronúncia judicial que não

efeito, a Lei de Organização Judiciária 16 de 24 de agosto de 1790, sob a noção de que a tarefa de interpretar a lei cabe a quem a produziu (*ejus est interpretari legem, cujus est condere*), tornava obrigatório o *référé* legislativo, estabelecendo que, caso a interpretação de uma lei fosse atacada por três vezes no Tribunal de Cassação, este seria obrigado submeter a questão ao legislativo para que se procedesse a interpretação autêntica da lei⁸³.

Os juristas encarregados de redigir a nova lei sabiam dos inconvenientes da solução revolucionária de reenvio ao legislador, tida como complicada, morosa e atentatória à divisão de poderes⁸⁴. Isso fica particularmente claro no discurso proferido por Portalis – um dos quatro integrantes da comissão designada pelo Imperador para a propositura de um projeto de Código Civil⁸⁵- por ocasião da apresentação do projeto de Conselho de Estado.

Na ocasião, o orador teceu longos comentários sobre as inconveniências do reenvio legislativo, afirmando ser menos temível o arbítrio do magistrado em relação ao do legislador. Isso porque, conforme afirma, o primeiro poderia sofrer sanções caso agisse arbitrariamente, enquanto o segundo é detentor de um poder

se limitasse a descrever o texto exato da lei” (MARINONI. Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: Compreensão do sistema processual da Corte Suprema*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 30/31).

⁸³ “Sous l'empire tie la loi des 16-24 août 1790, l'interprétation appartenait au pouvoir législatif. C'était l'application de la maxime: Ejus est interpretari legem, cujus est condere. (L. ult., 'Gode de'Legibus.) D'une part, on pensait que le pouvoir qui a fait la loi, est plus en état que tout autre <d'en r connaître et d'en révéler le sens. D'antre part, pour faire accepter, pour imposer une interprétation à tous les corps judiciaires, il faut avoir ta puissance législative. ” (DEMOLOMBE. Charles. *Cours de Code Napoléon*. v. 1. Paris: Lahure. 1880. p. 139).

⁸⁴ "A cette époque c'étaient les effets pratiques de référé législatif qui évoquaient des nombreux obstacles tant de la part de l'opinion publique que de la magistrature. Il est montré comme un instrument très compliqué, traînant en longueur le procès et avant tout opposé au principe de la division des pouvoirs par attribution au législateur des fonctions strictement judiciaires.” (SOYKA-ZIELINSKA. Katarzina. Le référé législatif à travers les siècles depuis Justinien jusqu'à Napoléon. in *Le temps et le droit: Actes des Journées Internationales de la Société d'Histoire du Droit*. Nice 2000. Nice: 2002. p. 243).

⁸⁵ As referências ao projeto de Código Civil dizem respeito ao texto apresentado pela comissão nomeada por Napoleão em 12 de agosto de 1800. Composta por quatro membros - Tronchet (1726-1806), Portalis (1746-1807) Préameneu Bigot (1747-1825) e Maleville (1741 -1824) - a comissão concluiu o projeto depois de apenas cinco meses de trabalho, passando-se, então, a uma longa fase de debates legislativos até que a redação final fosse aprovada, convertendo-se no Código Civil francês de 1804. Como se sabe, antes desse projeto já haviam sido apresentadas outras propostas de texto, as quais não chegaram a ser convertidas em lei. As principais propostas redacionais desse período são aquelas atribuídas a Cambaceres, presidente da comissão de legislação e responsável pela propositura de três projetos entre 1793 e 1794 (09 de agosto de 1793, 09 de setembro de 1794 e junho de 1796).

que não enseja responsabilização. Alega, ainda, que o reenvio seria prejudicial aos jurisdicionados e comprometeria a “prudência e a santidade das leis”⁸⁶.

Também era de conhecimento dos membros da comissão redatora que não haveria possibilidade prever em um texto escrito todas as hipóteses que pudessem ser levadas a conhecimento do judiciário. Portalis, no histórico discurso inaugural, afirmou expressamente a impossibilidade de se prever em um texto legal todas as hipóteses que seriam levadas a juízo em uma sociedade como a francesa do Século XIX⁸⁷. A solução, segundo ele, seria estabelecer que as omissões e incompletudes legislativas fossem supridas pelo Direito natural racional, que, nesses casos, atuaria de modo subsidiário ao direito positivo⁸⁸.

⁸⁶ Pela sutileza e importância histórica dos argumentos, transcrevem-se: “Forzar al magistrado a recurrir al legislador sería el más funesto de los principios. Supondría renovar en la actualidad la desastrosa legislación de los rescriptos, pues cuando el legislador interviene para pronunciarse acerca de asuntos nacidos y discutidos con vehemencia entre particulares, no se encuentra más al abrigo de sorpresas que los tribunales. Es menos temible el arbitrio reglado, modesto y circunscripto de un magistrado, que puede ser rectificado y está sujeto a la acción por prevaricación, que el arbitrio absoluto de un poder independiente que jamás es responsable. (...) Además, el recurso al legislador entrañaría dilataciones fatales para el justiciable; y, lo que es peor, comprometería la prudencia y la santidad de las leyes. En efecto, la ley decide para todos: considera a los hombres en conjunto, jamás como particulares; no debe mezclarse en los hechos individuales ni en los litigios que dividen a los ciudadanos. De otro modo, habría que hacer nuevas leyes todos los días y su abundancia asfixiaría su dignidad y perjudicaría su cumplimiento. El juriconsulto no tendría función alguna y el legislador, arrastrado por los detalles, no sería en poco tiempo sino un juriconsulto. (...). El legislador debe velar por la jurisprudencia; puede ser instruido por ella y puede, por su parte, corregirla, pero es necesario que exista. En esta inmensidad de cuestiones diferentes que componen las materias civiles y cuyo juicio, en la mayoría de los casos, no consiste tanto en la aplicación de un texto preciso como en la combinación de varios textos que más bien conducen a la decisión en lugar de contenerla, tan imprescindible es ya la jurisprudencia como las leyes. Pues bien, encomendamos a la jurisprudencia los casos raros y extraordinarios que no entrarían en el proyecto de una legislación razonable, los detalles demasiado variables y demasiado controvertidos que no deben distraer al legislador y todas las cuestiones que uno se esforzaría inútilmente en prever o que una previsión precipitada no podría definir sin correr riesgos. Es la experiencia la que debe colmar los vacíos que dejamos. Los códigos de los pueblos se hacen con el tiempo. Pero, hablando con propiedad, no se hacen. (PORTALIS. Jean-Étienne-Marie. *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código Civil*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. 2014. p. 17/18).

⁸⁷ “Prever todo es una meta imposible de alcanzar. No hacen falta leyes inútiles; debilitarían las leyes necesarias; comprometerían la certeza y la majestad de la legislación. Pero un gran Estado como Francia, a la vez agrícola y mercantil, que comprende tantas profesiones diferentes y que ofrece tantos tipos distintos de industria no podría admitir leyes tan simples como las de una sociedad pobre o más reducida.” (PORTALIS. Jean-Étienne-Marie. *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código Civil*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. 2014. p. 12).

⁸⁸ “Cuando la ley es clara, hay que seguirla; cuando es oscura, se han que examinar detalladamente sus disposiciones. A falta de ley, hay que tener en cuenta la costumbre o la equidad. La equidad es el retorno a la ley natural ante el silencio, la contradicción o la oscuridad

Com efeito, o texto apresentado pela comissão ao Conselho de Estado iniciava com um capítulo sobre a aplicação e interpretação das leis. Após o artigo 1 definir que a missão da justiça era fazer cumprir as leis com discernimento e fidelidade, o segundo artigo deixava claro que, em muitas ocasiões era necessário interpretar as leis, o que poderia ser feito pela doutrina ou pela autoridade. O mesmo artigo estabelecia que a interpretação por meio da doutrina consistia em compreender o verdadeiro significado de uma lei, quando aplicada a um caso particular, enquanto a interpretação pela autoridade serviria para resolver dúvidas por meio de disposições gerais⁸⁹.

A técnica concebida pelos redatores para solucionar as lacunas legislativas foi devidamente inserida no texto apresentado ao Conselho de Estado, o que seria possível a partir da conjugação de duas disposições do projeto. A primeira delas, inserida no Artigo 11 do Título V do Livro Preliminar, estabelecia que, na falta de leis precisas sobre matéria civil, o juiz deveria fazer uso da equidade⁹⁰. Logo na sequência, o Artigo 12, correspondente ao atual Artigo 4 do Código Civil francês, previa que o magistrado poderia ser processado por denegação de justiça caso se negasse a julgar a causa sob o pretexto de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei⁹¹. Com essa disposição, sepultava-se a técnica de reenvio legislativo.

de las leyes positivas.” (PORTALIS. Jean-Étienne-Marie. *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código Civil*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. 2014. p. 13).

⁸⁹ “1. Le ministère du juge est d'appliquer les lois avec discernement et fidélité. 2. Il est souvent nécessaire d'interpréter les lois. Il y a deux sortes d'interprétation: celle par voie de doctrine et celle par voie d'autorité. L'interprétation par voie de doctrine consiste à saisir le véritable sens d'une loi, dans son application à un cas particulier. L'interprétation par voie d'autorité consiste à résoudre les doutes par forme de disposition générale et de commandement.” (TRONCHET. Denis; PREAMENEU. Félix Julien Jean Bigot de; PORTALIS. Jean-Étienne-Marie; MALEVILLE. Jacques de. *Projet de Code Civil présenté par la Commission nommée par le Gouvernement*. Paris: imprimeur-libraire quai Malaquais. An VIII (1800). s/p - Livro Preliminar, Título V, arts. 1 e 2).

⁹⁰ “Dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est un ministre d'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, ou aux usages recus dans le silence de la loi positive” (TRONCHET. Denis; PREAMENEU. Félix Julien Jean Bigot de; PORTALIS. Jean-Étienne-Marie; MALEVILLE. Jacques de. *Projet de Code Civil présenté par la Commission nommée par le Gouvernement*. Paris: imprimeur-libraire quai Malaquais. An VIII (1800). s/p - Livro Preliminar, Título V, art. 11).

⁹¹ “Le juge qui refuse ou qui diffère de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, se rend coupable d'abus de pouvoir ou de déni de justice” (TRONCHET. Denis; PREAMENEU. Félix Julien Jean Bigot de; PORTALIS. Jean-Étienne-Marie; MALEVILLE. Jacques de. *Projet de Code Civil présenté par la Commission nommée par le*

Não fica difícil perceber que a conjugação das disposições dos Artigos 11 e 12 Título V do Livro Preliminar do projeto de Código Civil apresentado ao Conselho de Estado conduzia à ideia de que os juízes não poderiam se recusar a julgar causa alguma sob o pretexto de que a situação não estaria amparada pelo direito positivo e que, em tais casos, deveriam se buscar amparo no direito natural, decidindo por equidade. A solução parecia crível, haja vista que, ao mesmo tempo, solucionava os problemas do reenvio legislativo e a incompletude do Código.

Todavia, apesar de tais justificativas e a despeito da defesa histórica de Portalis perante o Conselho de Estado, essa técnica interpretativa foi objeto de várias críticas durante nos debates subsequentes, acabando por ser excluída do texto final publicado em 1804.

Após a apresentação do projeto ao Conselho de Estado, cumprindo o trâmite que se espera acerca da elaboração de um texto legal dessa magnitude, o texto foi submetido à apreciação de vinte e nove tribunais de apelação espalhados por toda a França, os quais emitiram pareceres a respeito do projeto de Código. Restringindo-se ao ponto que interessa à presente análise, cabe mencionar algumas das ocasiões em que a interpretação e aplicação das leis foi objeto de debate pelos tribunais durante essa fase de construção legislativa, haja vista que tais posicionamentos hermenêuticos conduzem a uma noção mais aprofundada acerca dos conceitos aplicação e interpretação da lei na tradição continental.

No parecer elaborado pelo Tribunal de Cassação não foram dirigidas críticas ou sugeridas grandes modificações a respeito do tema. À época, o tribunal era presidido por Tronchet, um dos quatro membros da comissão redatora, tendo sido propostas apenas algumas pequenas alterações para diferenciar os casos em que a lei fosse clara ou obscura. Isso porque, segundo Tronchet, então presidente do Tribunal e ex-membro da comissão redatora, haveriam casos em que a disposição legal seria clara e, portanto, não seria aconselhável desviar-se

Gouvernement. Paris: imprimeur-libraire quai Malaquais. An VIII (1800). s/p - Livro Preliminar, Título V, art. 12).

da letra da lei sob o pretexto de atingir seu espírito; já nos casos de leis obscuras seria preferível recorrer ao princípio geral da lei⁹².

Bem menos condescendente com o método interpretativo dos redatores foi o Tribunal de Lyon. O parecer assinado pelos comissários Vouty, Vitet e Bieusset exigiu a remoção de todo o título que previa a possibilidade de interpretação das leis pelos juízes. Embasado na desconfiança dos revolucionários em relação aos juízes, o parecer acusava o projeto de autorizar a usurpação da função legislativa pelo judiciário, o que romperia com o princípio da separação de poderes⁹³ e possibilitaria o surgimento de decisões diferentes acerca de um mesmo tema.

Apontando para a diversidade de jurisprudência não apenas entre os diferentes tribunais, mas também entre os setores do mesmo parlamento, concluiu que, se a equidade é absolutamente necessária na implementação da lei, deve haver um regulador geral e comum julgamentos, que é a própria lei. Por fim, o

⁹² “De l'application et de l'interprétation des lois. Art. 1°. (Le 1°. du Projet.) 2. Il peut être nécessaire d'interpréter les lois. Il y a deux sortes d'interprétation: l'une par voie d'autorité, qui consiste à résoudre les doutes, par forme de disposition générale et de commandement; elle n'appartient qu' au pouvoir législatif: l'autre, par voie de doctrine, consiste à saisir le véritable sens d'une loi dans son application à un cas particulier; celle-ci seule constitue le ministère du juge. 3. L'application de chaque loi doit se faire à l'ordre des choses sur lesquelles elle statue; les objets qui sont d'ordres différens, ne peuvent être décidés par les mêmes lois. (Les 2e., 3e., 4c. du Projet.) Les légers changemens proposés semblent rendre la rédaction plus exacte. 4- Quand une loi est claire, il ne faut point en éluder la lettre sous prétexte d'en pénétrer l'esprit; et dans l'application d'une loi obscure, on doit préférer le sens le plus naturel, et qui est le plus conséquent au principe de la loi. (Le 5e. du Projet.) L'expression du sens le moins défectueux dans l'exécution, ne paraît ni propre ni précise. C'est la conformité au principe général de la loi qui doit déterminer la préférence d'un sens dont est susceptible une loi, sur tout autre qu'on peut lui prêter” (in FENET. Pierre-Antoine. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. Tome Deuxième. Paris: Videcoq. 1836. p. 419).

⁹³ “Prohiber aux juges la législation, sous la forme de dispositions générales, c'est consacrer le principe fondamental de la division des pouvoirs législatif et judiciaire; mais reconnaître, comme principe fondamental à l'article 2, que le juge a l'interprétation par voie de doctrine; déclarer, dans l'article 11, que, dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est un ministre d'équité; prononcer, dans l'article 12, que celui qui refuse ou diffère de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, est coupable, n'est-ce point autoriser formellement les usurpations du pouvoir judiciaire sur le pouvoir législatif? n'est-ce point consacrer cet arbitraire si odieux et si funeste, source des plaintes et de l'indignation qui anéantissent si facilement les anciens tribunaux dès les premiers instans de la révolution?” (in FENET. Pierre-Antoine. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. Tome Deuxième. Paris: Videcoq. 1836. p. 34/35).

parecer de Lyon arremata o tema com a afirmação de que “o juiz deve ser escravo da lei” (*le juge doit être esclave de la loi*).⁹⁴

Igualmente incisiva foi a crítica do Tribunal Rouen. De início, o parecer ataca diretamente o discurso de Portalis, acusando-o de conceder muito poder aos juízes, aos quais se refere como flagelos destruidores da lei, que primeiro a debilitam, depois a minam pouco a pouco e acabam por usurpar-lhe os direitos. Amparado da ideia de respeito à vontade do legislador e em clara referência à atuação dos juízes do Antigo Regime, o parecer demonstra o temor de que a magistratura se sobrepusesse à vontade legislativa e, assim, desvirtuasse o sentido do Direito.

O parecer de Rouen defende que a lei não é criada pelo legislador, cuja atuação se dá de modo semelhante à de um jurisconsulto investido no dever de ensinar, interpretar e declarar documentos da razão universal⁹⁵. Como fruto da razão universal, a lei, evidentemente, não poderia ser afastada por motivo de equidade ou mesmo por quaisquer outras razões de natureza não legislativa. Não haveria, pois, espaço para interpretação judicial, de modo que aos juízes caberia permanecer estritamente vinculados à obra do legislador, inclusive nas situações em que isso viesse a resultar em injustiças específicas.

Com base em tais argumentos, e em tom quase panfletário, o parecer afirma que pretende evitar que se repetisse no futuro o que havia ocorrido no passado absolutista, quando a opinião de um magistrado tinha a mesma

⁹⁴ “Cette diversité des opinions, la diversité des décisions qui en résultent, forcèrent d'établir des lois, et en prouvent à chaque instant la nécessité. Si les juges pouvaient prononcer sur les conventions comme ministres d'équité, il faudrait que chaque citoyen pût deviner, au moment où il contracte, quelle sera l'impulsion de la raison naturelle des juges qui prononceront sur l'exécution de son contrat. Aussi, tous les juges, tous les législateurs, ont tenu pour principe fondamental que l'équité naturelle, absolument nécessaire aux juges pour l'application de la loi, ne peut pas être la règle unique, la règle fondamentale de leurs décisions; qu'il faut un régulateur général et commun des juges; que ce régulateur est la loi, qui seule peut être gardée comme l'expression certaine de l'équité, et que le juge doit être esclave de la loi.” (in FENET. Pierre-Antoine. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. Tome Deuxième. Paris: Videcoq. 1836. p. 34/35).

⁹⁵ “Là, le législateur ne crée point la loi, il n'est au fond qu'un jurisconsulte qui enseigne, interprète et déclare les documents de la raison universelle. La loi dans cette partie peut être, en certains cas, subordonnée aux usages, qui sont souvent le meilleur interprète des contrats et des transactions privées; en un mot, comme cette partie des lois a ses sources dans l'équité même, il est nécessaire qu'elle puisse se plier, suivant les faits particuliers, aux exceptions que l'équité commande.” (in FENET. Pierre-Antoine. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. Tome Cinquième. Paris: Videcoq. 1836. p. 457).

autoridade que a lei e o erro cometido por um deles, muitas vezes por influência de compiladores preconceituosos, era sucessivamente adotado pelos demais até se converter em verdade e sufocar a vontade do legislador⁹⁶.

A posição do Tribunal de Montpellier foi redigida de uma maneira sucinta e menos persuasiva, embora também não tenha poupado críticas à técnica de interpretação proposta pela comissão redatora. O art. 2, segundo o qual “muitas vezes, é necessário interpretar as leis”, foi criticado em razão de sua inaplicabilidade prática⁹⁷, enquanto o Artigo 12, que proibia o *non liquet*, foi considerado incompatível com o Artigo 1, segundo o qual os juízes devem aplicar a lei com discrição e lealdade⁹⁸. No que interessa à presente análise, também foram pontualmente criticados o Artigo 7, cuja redação, no entender do parecerista, induziria em erro⁹⁹ e o Artigo 10, por prejudicar a imparcialidade do juiz ao prever a abusividade da distinção entre leis odiosas e favoráveis¹⁰⁰.

⁹⁶ “Ce discours nous paraît donner, dans ses pages 9,10 et it (édition in-4°), trop de latitude à l'arbitraire de juges. Il n'est pas besoin d'appeler, de provoquer, pour ainsi dire, les interprétations, les commentaires, les juris prudences locales. Ces fléaux destructeurs de la loi, qui l'af faiblissent d'abord, qui ensuite la minent insensiblement, et qui finissent par usurper ses droits, ne repaîtront que trop tôt. Malheur au temps où, comme par le passé, on cherchera moins ce que dit la loi que ce qu'on lui fait dire ! où l'opinion d'un homme, que le temps seul aura accrédi tée, balancera l'autorité de la loi ! où une erreur hasardée par l'un, et successivement adoptée par les autres, devien dra la vérité! où une suite de préjugés recueillis par des compilateurs aveugles ou serviles, violentera la conscience du juge, et étouffera la voix du législateur!” (in FENET. Pierre-Antoine. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. Tome Cinquième. Paris: Videcoq. 1836. p. 456).

⁹⁷ “Étant dit par l'article 7 suivant, que la présomption du juge ne doit pas être mise à la place de la présomption de la loi, qu'il n'est pas permis de distinguer lorsque la loi ne distingue pas, et que les exceptions qui ne sont point dans la loi ne doivent point être suppléées; et par l'art. 10, aussi suivant, étant dit que la distinction des lois odieuses et favorables, faite dans l'objet d'étendre ou de restreindre leurs dispositions, est abusive; il semble que la permission donnée au juge d'interpréter la loi par voie de doctrine ne peut guère avoir lieu.” (in FENET. Pierre-Antoine. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. Tome Deuxième. Paris: Videcoq. 1836. p. 421).

⁹⁸ “Cet article ne se concilie pas avec l'article 1er i du présent titre. Dans l'article 12, le juge ne peut refuser de juger, lors même que la loi manque; et dans l'article 1er, son ministère consiste à appliquer la loi avec discernement et fidélité.” (in FENET. Pierre-Antoine. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. Tome Deuxième. Paris: Videcoq. 1836. p. 421).

⁹⁹ “La généralité des dernières expressions de cet article peut induire en erreur dans le cas où l'on peut distinguer d'après l'esprit de la loi, quoique la loi ne distingue pas, et dans ceux où les exceptions qui ne sont pas dans la lettre peuvent également se trouver dans l'esprit de la loi.” (in FENET. Pierre-Antoine. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. Tome Deuxième. Paris: Videcoq. 1836. p. 421).

¹⁰⁰ “La disposition de cet article peut gêner l'équité du juge dans l'extension des lois favorables, et dans la restriction de celles qui sont odieuses.” (in FENET. Pierre-Antoine. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. Tome Deuxième. Paris: Videcoq. 1836. p. 421).

Após a apreciação pelos tribunais, iniciou-se a fase de debates no Conselho de Estado. Também durante essas discussões, a retirada do reenvio legislativo e a consequente possibilidade de interpretação da lei pelos juízes foi objeto de várias críticas por parte de juristas que não concordavam com a posição de Portalis e dos demais redatores. Exemplo disso ocorreu na sessão de 12 Frimário do Ano X (03 de dezembro de 1801), em que, repetindo-se o debate travado alguns meses antes¹⁰¹, Gaillat-Marat definiu a disposição do Artigo 4 como abusiva e desastrosa¹⁰² e acusou os redatores de traição aos princípios mais fundamentais do regime republicano e da Revolução¹⁰³.

Ainda poderiam ser citadas várias outras passagens em que o tema da interpretação das leis pelos juízes foi levado à discussão durante os debates que levaram ao texto final do Código Civil francês. Contudo, essas pequenas alusões já são suficientes para demonstrar a desconfiança que os juristas do período revolucionário nutriam em relação aos juízes. Essa desconfiança, a mesma que levou Montesquieu a publicar seu *Espírito das Leis*, partia de uma concepção política de sociedade, associada aos ideais revolucionários de segurança jurídica e respeito à separação de poderes. Se trata, pois, de uma solução pragmática para um problema virtualmente associado àquele momento histórico.

¹⁰¹ Na sessão de 4 Thermidor do Ano IX (23 de julho de 1801), Cambaceres, apoiado por Roederer, disse temer que os juízes estivessem autorizados, senão incentivados, para usurpar os poderes do legislador. Em resposta, Portalis seguido por Boulay, Tronchet e Bigot, argumentou que, na ausência desses requisitos, o curso da justiça pode ser frequentemente interrompido em razão de silêncio ou obscuridade da lei (FENET. Pierre-Antoine. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. Tome Sixieme. Paris: Videcoq. 1836. p. 23)

¹⁰² "Il est dans ce projet de loi, tribuns, une disposition plus absolue, plus abusive, plus funeste encore, sur la quelle je dois appeler toute votre attention; c'est cette disposition par laquelle le juge pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice, parce qu'il aura refusé de juger sous le prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance des lois. Elle peut paraître étrange, cette disposition, qui efface, en quelque sorte, le Code civil, avant qu'il soit présenté." (FENET. Pierre-Antoine. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. Tome Sixieme. Paris: Videcoq. 1836. p. 151).

¹⁰³ "Concluons donc que désormais, du moins, et pour nous, un juge ne peut être, comme le dit Montesquieu, que la bouche qui prononce les paroles de la loi. Les rédacteurs du projet du Code civil se sont trop défiés d'eux-mêmes, lorsqu'ils ont pu consentir à donner sur les lois dont ils avaient la première conception, ce terrible droit de les interpréter, de suppléer à leur insuffisance, et même à leur silence; mais il ne faut pas que cet abus de leur modestie prévaille sur le caractère de la loi et sur les droits des citoyens". (FENET. Pierre-Antoine. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. Tome Sixieme. Paris: Videcoq. 1836. p. 151).

Em termos legislativos, fato é que o texto final do Código acabou aprovado sem o Artigo 11 do projeto original, levando a doutrina posterior conceder ao primitivo Artigo 12, publicado na versão final como Artigo 4, uma leitura diametralmente oposta àquela prevista no projeto original. Isso porque, suprimindo-se o dispositivo que concedia aos juízes o poder de julgar pela equidade, passou-se a considerar que caberia ao julgador simplesmente repetir as palavras da lei, onde deveria buscar a solução para todos os casos que devesse solucionar¹⁰⁴.

Essa interpretação do Artigo 4 do Código Civil conduz toda a tradição exegética que se construiu a partir daquele momento. Isso fica evidente na obra dos vários estudiosos desse período, como pode ser observado, por exemplo, nos clássicos comentários de Demolombe ao Código Civil francês. Em seu texto, publicado em mais de trinta volumes, o autor sustenta de maneira categórica que interpretar é o mesmo que extrair o sentido exato da lei, sem qualquer alteração, modificação ou inovação. É o que pode ser lido já nas primeiras linhas dos comentários ao Artigo 4, quando afirma que “en théorie, l’interprétation, c’est l’explication de la loi; interpréter, c’est découvrir, c’est c’ucider le sens exact et véritable de la loi. Ce n’est pas changer, modifier, innover; c’est déclarer, c’est reconnaître”¹⁰⁵.

Tal como os membros da comissão redatora, Demolombe sabia que nem todas as situações de fato encontrariam resposta no texto legislado. Logo após declarar que interpretar é o mesmo que explicar, o autor se preocupa com as situações em que a lei não fornecesse resposta específica para determinada demanda proposta perante o judiciário.

Para esses casos, diferente do que previram os redatores do Código, não faz referência à equidade, mas ao “espírito geral da legislação”, sugerindo que a solução passaria pelos critérios de solução de antinomias e pela consulta ao

¹⁰⁴ “Eliminado o segundo artigo, o primeiro - considerado isoladamente e prescindido dos motivos históricos que o haviam sugerido - é compreendido pelos primeiros intérpretes do Código de modo completamente diverso; isto é, é interpretado, assim, no sentido de que se deveria sempre deduzir da própria lei a norma para resolver quaisquer controvérsias”. (BOBBIO. Norberto. *Lições de Filosofia do Direito*. Trad. Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Icone. 1995. p. 77).

¹⁰⁵ DEMOLOMBE. Charles. *Cours de Code Napoléon*. v. 1. Paris: Lahure. 1880. p. 136.

Direito Romano e à jurisprudência do Tribunal de Cassação, uma vez que este último possuía a responsabilidade de definir a interpretação da lei em todo o território francês¹⁰⁶. Demolombe alertava, ainda, para o que chama de grande perigo da interpretação judicial. Segundo ele, conceder aos magistrados a possibilidade de interpretar as leis seria abrir caminho para que interpretações diferentes sobre um mesmo tema, o que comprometeria a segurança jurídica dos cidadãos¹⁰⁷.

Essa forma de interpretar o artigo 4 do Código Civil francês que deu azo à noção formalista de interpretação jurídica¹⁰⁸, segundo a qual o intérprete tem a função de descobrir o significado preexistente das palavras usadas pelo legislador ao redigir o texto legal, ^{sem} qualquer inovação ou interpretação.

¹⁰⁶ “Lorsqu'il y a lieu à interprétation, il faut rechercher les motifs de la loi, le but qu'elle s'est proposé; consulter l'esprit général de la législation; se rappeler que la loi postérieure l'emporte sur la loi antérieure, la loi spéciale sur la loi générale, l'exception sur la règle; comparer, combiner ensemble les différentes dispositions de la loi; remonter aux sources dans lesquelles elle a été puisée: le Droit romain, les lois antérieures, les anciens auteurs; interroger les discours, les discussions qui l'ont préparée, la pratique, la coutume, optima legum interpres, (L. 33, ff. de Legibus), la jurisprudence, surtout celle de la Cour de cassation, chargée spécialement de maintenir l'exacte application des lois dans tout l'Empire” (DEMOLOMBE. Charles. *Cours de Code Napoléon*. v. 1. Paris: Lahure. 1880. p. 137).

¹⁰⁷ “Ce que je viens de dire révèle un grand danger dans cette interprétation judiciaire; c'est que la même loi peut être ainsi entendue et appliquée de plusieurs manières différentes et contraires; sans doute, il peut arriver qu'une jurisprudence uniforme finisse par sortir de cette lutte et de cette épreuve; mais il peut arriver aussi, et il n'y en a que trop d'exemples ! que le désaccord et la contrariété des décisions judiciaires subsistent et se propagent; et alors, c'est un grand mal, c'est un véritable désordre, puisque les citoyens ne savent vraiment pins quelle est la loi qui les régit, et ne peuvent point compter, quoi qu'ils fassent, sur la validité de leurs actes et de leurs conventions, livrés ainsi à toutes les oscillations, à tous les revirements d'aine jurisprudence incertaine.” (DEMOLOMBE. Charles. *Cours de Code Napoléon*. v. 1. Paris: Lahure. 1880. p. 139).

¹⁰⁸ “Al final actuó la fuerza de la norma de clausura del –ya evocado– artículo 4º del Código Civil: “El juez que rehúse juzgar bajo pretexto de silencio, de obscuridad o de insuficiencia de la ley podrá ser procesado como culpable de denegación de justicia”. El código es completo y exhaustivo; es derecho solo aquel del legislador; el iusnaturalismo iluminista del siglo XVIII se resolvió definitivamente en el código, se positivizó en el complejo de sus disposiciones. De aquí la famosa expresión –probablemente nunca pronunciada– del jurista Jean-Joseph Bugnet (1794-1866): ‘Yo no conozco el derecho civil, yo enseño el Código napoleónico’; o bien la premisa de Jean-Charles Demolombe (1804-1887): ‘El juez legalmente no puede pretender que la ley no le da los medios para resolver la controversia que se le presenta’. Se trata, de hecho, de la absoluta adhesión al esquema de ordenamiento elaborado por Montesquieu: el juez simplemente debe ser ‘boca de la ley’, es decir, adecuarse a la voluntad del legislador.” (FERRANTE. Riccardo. Los orígenes del modelo de codificación entre los siglos XIX y XX en Europa, con particular atención al caso italiano. *Revista de Derecho Privado*, Dez/2013, Nº 25. p. 34/35).

Evidentemente, esse caminho hermenêutico, apesar de ter sido fortemente aceito e difundido, não passou incólume às críticas dirigidas a seus pressupostos dogmáticos. A tese de um significado pré-estabelecido das disposições é contestada não apenas pelo fato de as expressões linguísticas não serem imunes a variações de significado, mas, acima de tudo, porque os significados são sempre deduzidos dentro do contexto social e jurídico em que as normas estão inseridas¹⁰⁹.

3.1.3 A unicidade dos conceitos de texto e norma.

Como fica claro a partir da leitura tanto dos textos exegetas quanto daqueles produzidos em decorrência do trâmite legislativo do *Code Napoleón*, a teoria formalista se fundava no receio de se conceder qualquer poder interpretativo aos juízes e, conseqüentemente, na confiança de que o legislador poderia representar a fonte primária e exclusiva do Direito.

A partir dessa noção, surge a ideia de uma vinculação obrigatória do juiz à lei, vedando-se qualquer atividade interpretativa-criativa por parte dele. A teoria cognitiva, portanto, considera “que a meta da interpretação seja simplesmente 'descobrir' esse significado objetivo ou essa vontade subjetiva, preexistente”, bem como “que todo texto normativo admite uma - e somente uma - interpretação 'verdadeira’”¹¹⁰.

Tal posicionamento, ao mesmo tempo em que garantiria a segurança

¹⁰⁹ “Dizemos que norma jurídica é uma estrutura proposicional porque seu conteúdo pode ser enunciado mediante uma ou mais proposições entre si correlacionadas, sendo certo que o significado pleno de uma regra jurídica só é dado pela integração lógico-complementar das proposições que nela se contêm. Afirmamos que norma jurídica enuncia um dever ser porque nenhuma regra descreve algo que é, mesmo quando, para facilidade de expressão, empregamos o verbo ser.” (REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 96).

¹¹⁰ “Considera-se, por conseguinte, que a meta da interpretação seja simplesmente 'descobrir' esse significado objetivo ou essa vontade subjetiva, preexistente. Considera-se, além disso, que todo texto normativo admite uma - e somente uma - interpretação 'verdadeira’”. (GUASTINI. *A interpretação: objetos conceitos, teorias. Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier. 2005. p. 140).

jurídica por meio de decisões tão estáveis e seguras quanto a própria lei¹¹¹, reflete a ideia de que a interpretação é um ato de descoberta de um significado pré-estabelecido pelo legislador, cultivando-se a premissa que este último ocupa um lugar institucional diametralmente oposto àquele destinado ao intérprete¹¹².

No âmbito dessa teoria, portanto, a interpretação corresponde a mero enunciado descritivo, do qual pode ser extraída não mais que uma única resposta válida a respeito de um dado dispositivo de lei¹¹³, sendo correto dizer que, sob a ótica cognitivista, “interpretar significa descobrir o significado intrínseco ao texto normativo, incorporado e pré-existente à interpretação”¹¹⁴.

Desse modo, se o conteúdo do Direito já estivesse dado de forma completa e acabada pelo legislador, seria correto afirmar que a norma jurídica já estaria inserida no próprio texto legal, de modo que a todo aquele que não estivesse no exercício de uma função legiferante não restaria outra alternativa senão aplicar a disposição legal correta para cada caso concreto.

Todavia, apesar de virtualmente seguro, é evidente que tal critério apenas seria concebível à condição de que os textos interpretativos tivessem um, e somente um, significado preexistente à interpretação¹¹⁵. O fato de se considerar a atividade do intérprete como a de simplesmente reproduzir as palavras da lei, sem qualquer atividade criativa, significa, antes de tudo, compreender que a norma jurídica é produzida pelo legislador e que, portanto, está presente no texto legal desde o momento anterior ao início da fase cognitiva realizada pelo intérprete. Diz-se, portanto, que a teoria formalista parte da unicidade entre os conceitos de texto e norma.

¹¹¹ WRÓBLEWSKI. Jerzy. Functions of law and legal certainty, *Anuario de Filosofia del Derecho*. XVII. 1973-1974, p. 322 e ss.

¹¹² MODUGNO. Franco. *Interpretazione giuridica*. Padova: Cedam. 2009. p. 44

¹¹³ GUASTINI. Riccardo. A interpretação: objetos, conceitos, teorias. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier. 2005. p. 139 e ss.

¹¹⁴ MITIDIERO. Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 37.

¹¹⁵ GUASTINI. Riccardo. *Nuovi studi sull'interpretazione*. Rome: Arcane. 2008. p. 56.

3.2 OS PROBLEMAS DA INTERPRETAÇÃO FORMALISTA

Embora bem-vinda no contexto do Estado liberal clássico, a concepção cognitivista de direito, baseada na ideia de descoberta ou conhecimento de significado¹¹⁶, não se adequa perfeitamente ao modelo de Estado e de sociedade que se desenhou nos séculos seguintes, em que não mais se duvida da capacidade interpretativa do judiciário. Mesmo se referindo a uma teoria desacreditada, esse pensamento ainda se faz presente tanto na filosofia do direito contemporânea - como defende, por exemplo, a teoria da resposta correta¹¹⁷ - quanto no estilo argumentativo das cortes, que ainda insistem em justificar suas posições como se fossem decorrentes de um processo lógico argumentativo¹¹⁸.

3.2.1 Normas jurídicas como produto da atuação judicial

¹¹⁶ GUASTINI. Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2014. p. 346.

¹¹⁷ Em que pese a crítica de Guastini à teoria da resposta correta, não se tem a pretensão se ingressar, ao menos neste momento, nos preceitos teóricos subsequentes acerca do agir judicial, como, por exemplo, a possibilidade, ou não, de se falar em descoberta de uma resposta correta ou mesmo na existência de um poder discricionário dos juízes. Como se sabe, a noção de descoberta de uma resposta correta diz respeito, basicamente, à teoria de Ronald Dworkin. Em linhas gerais, esse autor critica a tese da discricionariedade judicial, argumentando que, mesmo nos *hard cases*, não há criação do direito pelos juízes, os quais deverão recorrer aos princípios para, assim, reconstruir o direito, buscando a resposta correta para o caso analisado. O ataque de Dworkin à tese da discricionariedade é, na verdade, um contraponto dirigido à teoria positivista de Hart, o qual, partindo da ideia de textura aberta do direito, considera que a incompletude do ordenamento jurídico pode ser suprida pela discricionariedade judicial. Em suas palavras, "todo sistema jurídico deixa em aberto um campo vasto e de grande importância para que os tribunais e outras autoridades possam usar sua discricionariedade no sentido de tornar mais precisos os padrões inicialmente vagos, dirimir as incertezas contidas nas leis ou, ainda, ampliar ou restringir a aplicação de normas transmitidas de modo vago pelos precedentes autorizados", HART. p. 190. (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002; HART, Herbert. *O conceito de Direito*. Pós-escrito editado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz. Trad. de A. Ribeiro Mendes. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.)

¹¹⁸ GUASTINI. A interpretação: objetos conceitos, teorias. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin. 2005.

Em que pese ter sido largamente aceito durante um longo período, mais precisamente nos cem anos posteriores à outorga do Código Civil francês de 1804, esse método interpretativo partiu de uma concepção de direito que refletia os valores típicos do estado liberal clássico e de seus anseios por certeza, segurança jurídica e estabilidade das decisões judiciais¹¹⁹.

Se naquele momento histórico havia a necessidade de se limitar o poder dos juízes, relegando a eles a atividade mecânica de simplesmente repetir a lei, a dinâmica social e jurídica dos nossos dias já não comporta esse pensamento. Aliás, as mais recentes teorias da argumentação vão muito além de simplesmente reconhecer a impossibilidade de uma atuação judicial meramente repetidora das palavras da lei. Sabe-se, atualmente, que a norma não está contida no texto legal à espera de ser “decifrada” pelo judiciário.

Muito além disso, já se considera que, ao contrário do que previa o formalismo interpretativo, a norma jurídica é construída pelo poder judiciário a partir do texto legislativo, de modo que lei e norma jurídica refletem conceitos diversos¹²⁰. Conforme sintetiza Humberto Ávila, “normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí afirmar-se que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”¹²¹.

3.2.2 A insuficiência do conceito de unicidade entre texto e norma.

¹¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 81.

¹²⁰ Nesse sentido, GUASTINI. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin. 2005; GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011; MARINONI. *Teoria geral do processo*. 4ª ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010; MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: Recompreensão do sistema processual da Corte Suprema*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014; MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014; TARELLO, Giovanni. *et al. Disposición vs. Norma*. Lima: Palestra. 2011; TARELLO, Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980; TARUFO, Michele. *La Corte di Cassazione e la legge. Il vertice ambiguo: Saggi sulla Cassazione Civile*. Bologna: Il Mulino. 1992; WRÓBLEWSKI, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas. 1985.

¹²¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 7ª. Ed. Malheiros: São Paulo, 2007. p. 30.

Embora ainda seja recorrente a noção de que os juízes devem aplicar a lei de forma a concretizar a vontade do legislador em cada caso concreto em que se demanda a atuação jurisdicional, já é possível constatar a insuficiência de tal argumento frente a constatação de que a atividade interpretativa levada a efeito pelo Judiciário não consiste apenas em revelar o sentido presente no texto legal, refletindo, na verdade, a criação de uma norma jurídica de certa forma distanciada da obra legislativa.

De tudo o que foi exposto até aqui, não é difícil perceber que a existência de um significado unívoco intrínseco ao texto legal dificilmente poderia ser cogitada no atual estágio do pensamento jurídico. Se o julgador permanecesse obrigado a proferir decisões declarativas, baseadas tão somente na extração do sentido da lei conferido pelo legislador histórico, não haveria sequer motivo para falar em dissonâncias interpretativas pela total impossibilidade lógica de que elas surgissem.

No estágio atual da doutrina jurídica, dificilmente se pode aceitar que determinados textos possuam apenas uma única interpretação válida acerca de seu conteúdo. Tanto isso é verdade que o próprio direito cria mecanismos para evitar que ocorram decisões conflitantes a respeito de um mesmo caso, tal como ocorre, por exemplo, nos casos em que processos ligados por conexão ou continência são reunidos para julgamento conjunto.

Pensar o contrário implicaria admitir que seria possível falar em violação à literalidade de lei, o que a doutrina brasileira jamais conseguiu explicar, haja vista a completa inconformidade do termo com a real função institucional do judiciário. Mais do que isso, pensar o contrário é desconsiderar a diferença entre a disposição legislativa e a interpretação que deve ser feita a partir dela, é, sobretudo, ignorar a substancial diferença entre texto e norma¹²².

Com efeito, no âmbito da teoria do Direito a ideia cognitivista de que a norma estaria contida no texto legal a espera de uma atuação reveladora do

¹²² TARELLO. Giovanni. *L'interpretazione della legge*, Milano: Giuffrè. 1980. TARELLO. Giovanni. Il "problema" dell'interpretazione: una formulazione ambigua. *Rivista Internazionale di filosofia del diritto*, 1966; GUASTINI. Riccardo. *Interpretare e argomentare*. 2011; GUASTINI. Riccardo. *Disposizione vs norma*. Guirisprudenza costituzionale. 1989.

intérprete vem sendo cada vez mais superada pelas teorias céticas da interpretação¹²³. O pressuposto dessas teorias está relacionado à ideia de que somente no interior de um ordenamento, composto, inclusive, por valores e princípios, é que as disposições legislativas assumem sua significação específica, de modo a se encaixar de uma maneira mais adequada à conjuntura teórica, dogmática e social que reveste as relações jurídicas e processuais¹²⁴, o que obviamente demanda uma atuação mais efetiva por parte do intérprete.

Em termos objetivos, se pode afirmar que as teorias céticas refletem justamente uma postura contrária àquela defendida pelo formalismo interpretativo¹²⁵. Diferente do que sustentam os cognitivistas, os céticos consideram que as normas jurídicas são fruto da interpretação – e não pré-existentes a ela –, refutando, com isso, a tese de que a norma jurídica estaria contida no texto legal a espera de ser revelada pelo intérprete¹²⁶.

Nessa perspectiva, a atividade judicial abandona o caráter descritivo conferido pelos formalistas para se transformar num ato de atribuição de significado¹²⁷. Com isso, as palavras que compõem o texto legal não são consideradas portadoras de um significado intrínseco, estando sempre na dependência da valoração a ser realizada pelo intérprete¹²⁸. Essa atribuição de significado, no entanto, vai além de simplesmente alargar o campo de atuação do intérprete ou conferir a ele uma maior discricionariedade cognitiva.

A diferença está no fato de que o próprio conceito de interpretação adotado pelas teorias céticas não está circunscrito a um contexto investigativo-

¹²³ GUASTINI. Riccardo. A interpretação: objetos conceitos, teorias. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin. 2005. p. 140 e ss.

¹²⁴ VIOLA. Francesco. ZACCARIA. Giuseppe. *Diritto e interpretazione*: Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto, Roma: Laterza. 1999. p. 323.

¹²⁵ MARINONI. Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: Compreensão do sistema processual da Corte Suprema*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 82.

¹²⁶ GUASTINI. Riccardo. A interpretação: objetos conceitos, teorias. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin. 2005. p. 140.

¹²⁷ ÁVILA. Humberto. *Teoria dos princípios*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 33.

¹²⁸ MARINONI. Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: Compreensão do sistema processual da Corte Suprema*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 82; ÁVILA. Humberto. *Teoria dos princípios*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 31.

descritivo, mas a uma ideia de construção de significado a partir do texto legal¹²⁹. Diferente da concepção formalista, essa corrente teórica não compreende o dispositivo de lei como portador da norma jurídica nem o intérprete como agente revelador dessa norma. O que sustentam os céticos é que o dispositivo legal configura o ponto de partida para a construção da norma jurídica, cuja chegada coincide com a atribuição de sentido efetuada pelo intérprete¹³⁰.

Por outro lado, se a teoria cognitiva peca por sua vinculação exagerada à obra do legislador, a cética vai ao extremo oposto, na medida em que “alguns céticos negligenciam a importância da lei, deixando de considerar que, se o texto legal não é suficiente para determinar a decisão e nem contém a norma jurídica por ela produzida, ele estabelece limites objetivos ao intérprete”¹³¹, os quais não podem ser desconsiderados¹³².

Nesse limiar, encontram-se as chamadas teorias intermediárias, assim denominadas justamente porque adotam concomitantemente elementos da teoria cognitiva e elementos das teorias céticas. Essa terceira via, em que pese não tenha a sido desenvolvida preocupação de conciliar as outras duas, sustenta que a interpretação pode ser tanto uma atividade de conhecimento quanto uma decisão discricionária, a depender do texto legal que lhe é objeto¹³³. Fala-se, então, em “trama aberta” ou “*open texture*” dos textos legislativos, o que significa que toda obra legislativa possui uma área de luz circundada por uma área de penumbra.

¹²⁹ ÁVILA. Humberto. *Teoria dos princípios*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 34.

¹³⁰ ÁVILA. Humberto. *Teoria dos princípios*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 34.

¹³¹ MARINONI. Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: Compreensão do sistema processual da Corte Suprema*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013. p. 82

¹³² Segundo Guastini, “em todo ambiente cultural dado, os usos linguísticos correntes admitem uma gama, ainda que vasta, de qualquer maneira limitada, de significados possíveis para toda expressão dada. As atribuições de significado que não caem dentro dessa gama são dificilmente sustentáveis, sujeitas à crítica e provavelmente destinadas ao insucesso. E é óbvio que entre os hábitos linguísticos difundidos estão incluídas, se existirem, as interpretações já creditadas e consolidadas de um certo texto normativo. É também óbvio que são escassamente praticáveis todas as interpretações que o intérprete não esteja em condições de argumentar (ou motivar) de maneira convincente segundo os padrões de racionalidade acolhidos em seu âmbito cultural. (GUASTINI. Riccardo. A interpretação: objetos conceitos, teorias. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin. 2005. p. 133-134.

¹³³ GUASTINI. Riccardo. A interpretação: objetos conceitos, teorias. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin. 2005. p. 140.

Para os representantes das teorias intermediárias, como, por exemplo, Herbert Hart¹³⁴, todo texto legal possui enunciados localizados na zona de luz e enunciados localizados na zona de penumbra. Os primeiros, justamente por estarem situados localizados no núcleo iluminado, configuram o que Hart denomina casos fáceis, haja vista que, por sua precisão, não ensejam quaisquer dúvidas quanto à sua interpretação, demandando apenas uma atividade descritiva do intérprete. Os segundos, por sua vez, estando alocados na zona de penumbra, portanto fora do núcleo iluminado, não possuem a mesma precisão que os primeiros, de modo que, ao contrário deles, não podem ser solucionados por mera descrição; segundo Hart, tais casos devem ser solucionados por meio da discricionariedade do intérprete¹³⁵.

Também no que toca à superação da teoria cognitivista, Mitidiero identifica quatro grandes marcos teóricos que contribuem para o “deslocamento da teoria da interpretação de uma posição setorial para uma posição central – a ponto mesmo de marcar a compreensão do direito a partir daí como uma atividade e como um resultado interpretativo e argumentativo”. Os marcos teóricos a que faz referência correspondem às obras “Teoria pura do Direito” (Hans Kelsen, 1934), “O conceito de Direito” (Herbert Hart, 1961), “A interpretação da lei”

¹³⁴ HART. Herbert. Positivism and separation of law and morals. *Harvard Law Review*. vol. 71. nº 4. Fev/1958; HART. Herbert. *O conceito de Direito*. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 2001.

¹³⁵ Conforme a explicação de Guastini, “Segundo a teoria em exame, pode-se distinguir entre ‘descobrir’ o significado de um texto normativo, e “atribuir” significado a um texto normativo. O intérprete decide o significado de um texto — atribui um significado a este texto — quando se move na área da penumbra, isto é, quando resolve um caso dúbio. Em contrapartida, o intérprete limita-se a descrever, a descobrir, o significado de um texto quando resolve um caso claro. Portanto, podem-se distinguir dois tipos de enunciados interpretativos, conforme o significado numa ocasião ou outra atribuído a um certo texto normativo. Quando o significado atribuído cai no âmbito do “núcleo”, o enunciado interpretativo é verdadeiro, sendo o resultado de uma simples averiguação do significado aceite preexistente. Em contrapartida, quando o significado atribuído cai na área de “penumbra”, o enunciado interpretativo não é nem verdadeiro nem falso, visto que é o resultado de uma decisão discricionária. Essa teoria claramente assume que a distinção entre casos fáceis (que caem no “núcleo”) e casos difíceis (que caem na “penumbra”) é uma distinção objetiva, não, por sua vez, fruto de decisões interpretativas. Pode-se sustentar, todavia, que os intérpretes (em particular: os juízes) fazem uso da discricionariedade não somente no decidir a solução de controvérsias que caem na “zona de penumbra”, mas também no decidir se uma controvérsia cai, ou não, no “núcleo” luminoso; que, em síntese, são fruto de decisões interpretativas as próprias fronteiras incertas entre “núcleo” e “penumbra”, que a própria “penumbra” é o resultado da discricionariedade dos intérpretes”. (GUASTINI. Riccardo. A interpretação: objetos conceitos, teorias. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin. 2005. p. 140-141).

(Giovanni Tarello, 1980) e, por fim, às coletâneas “Interpretando Estatutos” e “Interpretando Precedentes” (Neil MacCormick e Robert Summers, 1991 e 1997)¹³⁶. Segundo o autor, essas obras contribuem para promover “o deslocamento da interpretação da periferia para o centro da teoria do direito”¹³⁷, abandonando-se a noção exegética de obediência à literalidade e adotando-se a interpretação como fator de construção da norma.

Com efeito, Kelsen inicia o último capítulo da Teoria Pura do Direito, em que trata da interpretação jurídica, afirmando que “quando o Direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas”¹³⁸. Partindo de uma crítica à teoria cognitiva¹³⁹, a interpretação sugerida pela tantas vezes mal compreendida teoria kelseniana visualiza o Direito como uma moldura dentro da qual podem ser acomodadas há várias possibilidades de aplicação, considerando-se conforme o direito toda hipótese interpretativa que se mantenha dentro de tal quadro interpretativo. Isso quer dizer que a interpretação de um dispositivo legal não conduz obrigatoriamente a uma única saída correta, podendo, na verdade, descampar a possibilidade de várias interpretações consideradas corretas.¹⁴⁰ É também eloquente a posição de Tarello no clássico *Interpretazione della legge*, quando reputa inadequada e prejudicial a noção de que o intérprete descobre significado de uma regra, esclarecendo que seria correto falar descoberta ou propositura de significado.¹⁴¹

¹³⁶ MITIDIÉRO. Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 59.

¹³⁷ MITIDIÉRO. Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 73.

¹³⁸ KELSEN. Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 1999. p. 245.

¹³⁹ “A ideia, subjacente à teoria tradicional da interpretação, de que a determinação do ato jurídico a pôr, não realizada pela norma jurídica aplicanda, poderia ser obtida através de qualquer espécie de conhecimento do Direito preexistente, é uma auto-ilusão contraditória, pois vai contra o pressuposto da possibilidade de uma interpretação.” (KELSEN. Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 1999. p. 248-249).

¹⁴⁰ KELSEN. Hans. *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes. 1999. p. 245.

¹⁴¹ “È chiaro perciò che il vocabolo ‘scoprire’, così come è usato nell’espressione ‘l’interprete scopre il significato di una norma’, è del tutto improprio, ed anzi è dannoso alla chiarezza, perchè occulta – riassumendole in una sola parola – tre attività diverse che possono essere presenti tutte, o possono non essere tutte presenti, nell’attività dell’interpretazione. Dobbiamo perciò correggere l’espressione corrente riformulandola così: ‘l’interprete rileva, o decide, o propone il significato di una norma, ovvero compie più d’una di queste attività’. Ma questa

No que importa à presente análise, substituindo-se a ideia, tão cara ao formalismo interpretativo, de correspondência entre texto e norma pela noção de que esta última é construída pelo juiz por meio da interpretação e valoração do dispositivo legal¹⁴², então não se pode falar em ofensa à literalidade da lei.¹⁴³ Tanto isso é verdade que já citada Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, ao vedar o cabimento de rescisória nos casos de interpretação controvertida, está implicitamente reconhecendo a possibilidade de que várias interpretações possam surgir a partir de um mesmo dispositivo de lei.

Caso se admitisse a validade da teoria cognitiva, não haveria motivo para que a Súmula 343 falasse em interpretação controvertida, haja vista que tal possibilidade estaria excluída de um conceito em que os juízes teriam a função de simplesmente buscar a exegese dos textos legais. Como se sabe, o entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal determina que não pode ser rescindida a decisão que tenha sido fundamentada em uma das várias interpretações cabíveis acerca de uma mesma previsão normativa.

Tomando-se por base o conceito cognitivista de unicidade entre texto legal e norma jurídica, não haveria como se explicar o tal entendimento, cujo pressuposto básico é justamente a existência de mais de uma interpretação juridicamente válida a respeito de um mesmo dispositivo de lei. Se é verdade que a norma jurídica abre espaço para várias interpretações, é razoável concluir que

correzione non basta. Infatti anche il vocabolo 'norma' è ingannevole. L'interprete rileva, o decide, o propone il significato da attribuire a un documento, costituito da uno o più enunciati, di cui il significato non è affatto preconstituito all'attività dell'interprete, ma ne è anzi il risultato; prima dell'attività dell'interprete, del documento oggetto dell'interpretazione si sa solo che esprime una o più norme, non quale questa norma sia o quali queste norme siano: 'norma' significa semplicemente il significato che è stato dato, o viene deciso di dare, o viene proposto che si dia, a un documento che si ritiene sulla base di indizi formali esprima una qualche direttiva d'azione. L'espressione corrente deve perciò essere corretta, perché non sia ambigua, così: 'l'interprete rileva, o decide, o propone il significato di uno o più enunciati precettivi, rilevando, o decidendo, o proponendo che il diritto ha incluso, o include, o includerà una norma'" (TARELLO. Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980. p. 63-64).

¹⁴² WRÓBLEWSKI. Jerzy. *Lenguaje jurídico e interpretación jurídica. Sentido y hecho en el derecho*. México: Fontamara, 2008. p. 136.

¹⁴³ Segundo Guastini, "molte disposizioni – quase tutte le disposizioni, in verità – hanno un contenuto di significato complesso: esprimono non già una sola norma, bensì una molteplicità di norme congiunte. Ad un'unica disposizione possono dunque corrispondere più norme *congiuntamente*" (Riccardo Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milano: Guifré. 2012. p. 65-66).

a solução formalista não é capaz de dar conta de tais casos. Evidentemente, tal problema foi enfrentado pelos cognitivistas clássicos, cuja solução foi o reenvio ao legislador para que fosse proferida a interpretação autêntica, o que, por si só, trouxe mais problemas do que soluções, a ponto de a comissão redatora do *Code* de 1804 ter buscado sepultar tal hipótese.

O que importa observar nesse ponto é que o entendimento sumulado parte da premissa de que podem haver várias interpretações igualmente válidas acerca de uma mesma disposição de lei. No momento em que se opta por tal solução, há uma concordância prévia no sentido de que a violação não é da lei enquanto produto da obra legislativa, mas sim de uma das interpretações acerca do sentido daquela disposição legal¹⁴⁴. Note-se que se fosse possível determinar com clareza as hipóteses de violação à lei não haveria motivos para se falar em interpretação.

Se interpretar é atribuir sentido e se a Súmula fala em interpretação controvertida nos tribunais, então é no mínimo razoável concluir que o texto sumulado admite a possibilidade de que o poder judiciário interprete a lei e atribua sentido a ela, optando por uma das várias interpretações juridicamente possíveis a respeito de um mesmo dispositivo legal. Razoável concluir, também, que o judiciário possui a autonomia para trabalhar sobre os signos propostos pelo legislativo e, com isso, atribuir sentido ao Direito.

Se o entendimento previsto na Súmula admite que um mesmo texto legal pode gerar várias interpretações a seu respeito, é perfeitamente possível afirmar que o conceito de violação à literal disposição de lei pode não refletir exatamente a ideia de que a norma jurídica é revelada pelo legislador e descoberta mecanicamente pelo intérprete. Não é possível, pois, pensar num conceito de direito produzido pelo legislador de maneira definitiva.

Portanto, se se admite que um dispositivo legal pode ter mais de uma interpretação, a violação que daria ensejo à rescisória dificilmente seria da literalidade desse dispositivo, mas de uma das interpretações possíveis acerca

¹⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 247.

dele, a qual acabou sendo eleita pelo judiciário como a mais correta¹⁴⁵. Com efeito, a Súmula não se refere à interpretação perfeita ou mais correta dos signos legislativos; não parte da premissa de que o dispositivo legal teria uma única interpretação verdadeira, em que pese outras, aprioristicamente incorretas, também pudessem ser aplicadas.

A referência sumular não teve essa preocupação, uma vez que partiu da premissa de que um mesmo texto legal poderia ser aplicado de várias formas diferentes e que todas essas formas seriam juridicamente válidas. O argumento do ministro Nunes Leal no julgamento que deu origem à Súmula corrobora claramente essa constatação. Quando diz que o cabimento de rescisória na hipótese do inciso V do art. 485 deve decorrer de uma interpretação de tal modo aberrante que equivalha à violação literal, se está implicitamente a admitir a existência de interpretações fundadas em dúvida razoável acerca da interpretação do dispositivo. Aliás, foi justamente com base nesse entendimento que, na ocasião, se julgou procedente a rescisória.

Nota-se, portanto, que a violação literal exigida pelo Código anterior correspondia, na verdade, à violação de uma das interpretações cabíveis em relação a um mesmo dispositivo legal, haja vista que o conteúdo da sumulado admite que o resultado interpretativo levado a efeito pelo judiciário configura uma norma em certa medida autônoma e dissociada do enunciado legislativo. Dito de outro modo, pode-se concluir que o pressuposto teórico subjacente à Súmula 343 é o de que a lei não possui significado pré-estabelecido, demandando sempre interpretação de seus termos por parte do judiciário. A norma, portanto, não equivale propriamente à lei, mas ao significado conferido a ela por meio de uma atuação interpretativo-cognitiva do julgador.

A partir de tal constatação, não há como desconsiderar que tal via interpretativa é, em grande medida, também exigência do modelo de organização estatal que se desenhou nas últimas décadas. Conforme já destacado, a teoria formalista tinha uma forte ligação com o modelo estatal contemporâneo à Revolução Francesa, cujo anseio de anular o remanescente das instituições

¹⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 247.

feudais e absolutistas levou a um contexto de redução do corpo judiciário à condição de escravos da lei, confiando-se na função legislativa enquanto instrumento de agregação da vontade popular.

Nesse contexto, não se pode negar que a desconfiança revolucionária em relação aos juízes não mais existe – ao menos em termos legais. Como se sabe, o atual sistema jurídico brasileiro possui como característica o fato de tanto os tribunais superiores quanto os juízos monocráticos e respectivas instâncias recursais terem a possibilidade de promover uma atuação positiva. Tome-se como exemplo a possibilidade de qualquer juiz negar a aplicação de uma norma jurídica por entendê-la dissonante com princípios constitucionais positivos ou, para além disso, a possibilidade de que esse mesmo juiz exerça o controle difuso ou incidental de constitucionalidade de uma lei ou ato normativo que esteja em confronto com a Constituição¹⁴⁶. Para além da possibilidade de controlar a constitucionalidade das leis, a liberdade do Poder Judiciário é ainda corroborada pela independência que atualmente possui em relação aos outros poderes da República¹⁴⁷.

Essa nova função institucional do poder Judiciário também deve ser considerada quando se pensa na insuficiência da teoria cognitivista. Se, na prática,

3.2.2 Passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional.

A passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional foi responsável por consideráveis mudanças no modo de compreensão do direito, o

¹⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 56.

¹⁴⁷ “A Constituição Federal de 1988 pretendeu deixar clara a independência na atuação desse Poder, tanto que confere à magistratura garantias institucionais – que incluem autonomia administrativa e financeira - e funcionais, como a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de remuneração” (BARROSO. Luis Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 422)

que se identifica não apenas em relação à interpretação jurídica, mas também no que toca à teoria das normas e à técnica legislativa.¹⁴⁸ Se no Estado Legislativo imperava a unicidade dos conceitos de texto e norma e a ideia cognitivista de respeito à vontade do legislador, é certo que entre as grandes alterações decorrentes da passagem para o Estado Constitucional se destacam o reconhecimento da normatividade dos princípios e a adoção da técnica legislativa aberta, baseada em conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais¹⁴⁹.

Esse novo modelo de Estado repercutiu diretamente na compreensão a respeito da natureza da atividade jurisdicional, que, em tal contexto, não mais poderia ser compreendida como mera repetidora das palavras da lei.¹⁵⁰ Estando os juízes sujeitos às normas constitucionais e obrigados a interpretar a lei de acordo com a Constituição e a tutelar concretamente os direitos fundamentais, é evidente que seu modo de atuação não pode mais ser compreendido sob o enfoque exegético de extração de significados pré-existentes, como sustentam os autores de vertente iluminista¹⁵¹.

¹⁴⁸ MITIDIERO. Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 15/18).

¹⁴⁹ Conceitos jurídicos indeterminados, segundo Mitidiero, são “espécies normativas que, no suporte fático, há previsão de termo indeterminado e há consequências jurídicas legalmente previstas”, ao passo que as cláusulas gerais são espécies normativas em que há previsão de termo indeterminado no suporte fático e não há previsão de consequências jurídicas no próprio enunciado legal” (MITIDIERO. Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 16).

¹⁵⁰ MARINONI. Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 137.

¹⁵¹ Por autores de vertente iluminista compreenda-se aqueles que, marcando o advento do Estado Moderno, buscam a separação entre a atividade do legislador e a do juiz, com notório privilégio para o primeiro. Entre esses autores, se incluem, inclusive alguns dos processualistas clássicos. Chiovenda, por exemplo, embora já se distanciasse da Escola da Exegese, advogando a separação entre direito processual e direito material, entende que atuação da vontade da lei é ditada pelo juiz, cuja declaração opera um efeito substitutivo em relação à vontade das partes. Essa substituição se opera no momento cognitivo, quando a vontade das partes a respeito da aplicação, ou não, da vontade da lei em cada caso concreto é substituída pela vontade do juiz. Em outras palavras, ao exercer a cognição, a vontade do juiz substitui, em definitivo e obrigatoriamente, a vontade das partes em relação à aplicação concreta da vontade da lei àquele caso concreto. Ainda entre os clássicos, tem-se que a atividade criadora do direito, ausente em Chiovenda, é contemplada na obra de Carnelutti, segundo o qual a sentença cria a norma individual para o caso concreto e, nessa qualidade, passa a integrar o ordenamento jurídico, o qual não pode ser compreendido, porém, como uma fuga, pelo juiz, daquilo que foi posto pelo legislador. Muito pelo contrário, conforme esclarece Calamandrei, a função do juiz é a de individualizar a lei para aquele caso concreto, ou seja, apesar de criar o direito, o juiz o faz mediante uma atividade meramente declarativa em relação ao que estabelece a lei. Nesse sentido, CHIOVENDA. Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*.

Ao tratar do tema, a doutrina costuma fazer uso de expressões como neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Apesar de todos os problemas teóricos inerentes ao uso do prefixo *neo* e da grande heterogeneidade dos autores que costumam ser citados quando se quer referir a esse modo de ler o direito¹⁵², ao menos é possível proceder uma pequena incursão teórica nessas teorias com vistas a extrair suas conclusões a respeito do atual modo de compreensão do Direito.

Quando se refere ao neoconstitucionalismo, a doutrina costuma efetuar uma abordagem com base em nos aspectos histórico, filosófico e teórico que levaram ao advento dessa ordem jurídica (neo)constitucional. O aspecto histórico tem relação com o do pós-guerra e com a superação dos regimes totalitários, num momento em que passou a se verificar a necessidade de pensar em uma verdadeira jurisdição constitucional para proteger o cidadão dos desmandos que podiam ser cometidos pelo Estado.

Como se pode supor, o período anterior Segunda Guerra Mundial era marcado pelo não reconhecimento de normatividade às constituições, as quais eram tidas como meros programas de atuação que não podiam ser invocadas judicialmente na defesa de direitos. A mudança desse paradigma veio com o pós-

Tradução de Paolo Capitanio. 4ª ed. São Paulo: Bookseller. 2009. p. 520; CALAMANDREI. Pieiro. *Istituzione di diritto processual civile*. Napoli: Morano. 1970. p. 156 e ss; MARINONI. *Teoria geral do processo*. 4ª ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

¹⁵² A heterogeneidade dos autores que costumam ser citados quando se trata do neoconstitucionalismo é magistralmente apontada por Sarmiento, em trecho que merece ser transcrito: “os adeptos do neoconstitucionalismo buscam embasamento no pensamento de juristas que se filiam a linhas bastante heterogêneas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, Peter Häberle, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e Carlos Santiago Nino, e nenhum destes se define hoje, ou já se definiu, no passado, como neoconstitucionalista. Tanto dentre os referidos autores, como entre aqueles que se apresentam como neoconstitucionalistas, constata-se uma ampla diversidade de posições jus filosóficas e de filosofia política: há positivistas e não-positivistas, defensores da necessidade do uso do método na aplicação do Direito e ferrenhos opositores do emprego de qualquer metodologia na hermenêutica jurídica, adeptos do liberalismo político, comunitaristas e procedimentalistas. Neste quadro, não é tarefa singela definir o neoconstitucionalismo, talvez porque, como já revela o bem escolhido título da obra organizada por Carbonell, não exista um único e o constitucionalismo, que corresponda a uma concepção teórica clara e coesa, mas diversas visões sobre o fenômeno jurídico na contemporaneidade, que guardam entre si alguns denominadores comuns relevantes, o que justifica que sejam agrupadas sob um mesmo rótulo, mas compromete a possibilidade de uma conceituação mais precisa.” (SARMENTO. Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: *Por um constitucionalismo inclusivo: história Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 233-234.)

guerra, quando se constatou a necessidade de proteção dos direitos fundamentais, inclusive contra os arbítrios do próprio legislador, e se passou a aceitar, tal como no modelo estadunidense, a constituição como norma jurídica criadora de novos direitos¹⁵³.

De igual modo, a substituição da lei tida como a expressão da “vontade geral” pela distinção entre regras e princípios e a consequente aplicação direta, e não mais secundária, destes últimos ao direito processual, contribuiu para a superação do paradigma de validade formal do direito e para a consequente abertura interpretativa

No plano teórico, têm destaque, ainda, o reconhecimento da força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional, ou seja, a relativização dos métodos tradicionais de hermenêutica em favor da interpretação principiológica do direito, de modo a “encontrar um meio-termo entre a vinculação e a flexibilidade, buscando melhores soluções para os conflitos entre direitos fundamentais”.¹⁵⁴

No direito brasileiro, embora a gênese de tradição constitucional remonte aos idos de 1824 e à nossa Constituição do Império, é a partir de 1988 que a norma constitucional ganha os contornos de verdadeira lei maior, sendo então colocada, de fato, no topo da pirâmide do ordenamento jurídico nacional¹⁵⁵. Com efeito, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe inúmeros elementos que podem ser elencados como garantidores de sua força normativa, como, por exemplo, o grande número de direitos fundamentais consagrados pelos setenta e oito incisos do artigo 5º, aliado ao fato de serem esses direitos

¹⁵³ SARMENTO. Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: *Por um constitucionalismo inclusivo: história Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 233 – 272.

¹⁵⁴ CAMBI. Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Disponível em <http://www.panoptica.org/fevereiro2007pdf/1Neoconstitucionalismoeneoprocessualismo.pdf>. p. 17. Acesso em 17 de setembro de 2015.

¹⁵⁵ SARMENTO. Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: *Por um constitucionalismo inclusivo: história Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 233 – 272.

fundamentais considerados de aplicação imediata e incluídos entre as cláusulas pétreas.

Em igual medida, a Constituição se faz portadora de vários outros elementos que demonstram a clara intenção de promover a normatividade e a jurisdição constitucionais, o que fica com a previsão de um alargado rol de legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, com a previsão do controle de constitucionalidade por omissão, da ação declaratória de constitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental, apenas para citar alguns exemplos. Some-se a isso, o fato de que o constitucionalismo contemporâneo considera que mesmo as normas constitucionais de conteúdo programático têm aplicabilidade jurisdicional imediata, não havendo objeção doutrina constitucionalista, nem mesmo da sua vertente mais conservadora, em não as aceitar como fontes de direitos subjetivos e de aplicação imediata pelo Poder Judiciário¹⁵⁶.

Nesse contexto, a superação da hermenêutica tradicional e a efetividade dos direitos fundamentais faz com que o papel do judiciário também mude. Se a lei passa a se subordinar aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos

¹⁵⁶ Sobre o tema, Canotilho se posiciona no sentido de que as normas programáticas possuem valor idêntico a quaisquer outros preceitos constitucionais, afirmando que “não deve, pois, falar-se de simples eficácia programática (ou directiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória perante quaisquer órgãos do poder público”. Por sua vez, José Afonso da Silva, embora classifique as normas programáticas entre as de eficácia limitada, admite situações em que carecem de aplicação imediata, tal como ocorre quando condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário. Interessante notar, porém, que Virgílio Afonso da Silva conclui que a classificação tríplice elaborada por seu pai não se sustenta frente o problema da efetividade das normas constitucionais. Na concepção de Virgílio, as normas definidoras de direitos fundamentais carecem de aplicação imediata, independentemente de sua eficácia ser plena, contida ou limitada. No mesmo sentido, Luis Roberto Barroso elucida que “modernamente, a elas [normas programáticas] é reconhecido um valor jurídico idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição, como cláusulas vinculativas, contribuindo para o sistema através dos princípios, dos fins e dos valores que incorporam” (BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 7. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 120; CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1176-1177; SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 163/164; SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 210.)

fundamentais, a tarefa do judiciário deixa de ser vista como mera aplicação mecânica de regras estanques para se tornar agente garantidor da efetividade.¹⁵⁷

A abertura semântica ganha contornos mais nítidos quando se verifica que grande parte das normas jurídicas é composta por uma alta densidade principiológica, cuja aplicação pelo Poder Judiciário garante a possibilidade de que decisões concretas possam ser dadas a partir de métodos menos restritivos que os critérios tradicionais de hermenêutica jurídica¹⁵⁸

Especificamente em relação à função jurisdicional, antiga *bouche de la loi*, é impossível não se notar o grande fortalecimento que lhe foi conferido pela Constituição Federal de 1988, o que corresponde a mais um dos pontos marcantes da nova ordem constitucional. Note-se que, para além das várias hipóteses de controle de constitucionalidade e de serem conferidas valiosas garantias aos magistrados e à própria magistratura, a Constituição Federal, no momento em que prevê a inafastabilidade do Poder Judiciário, entrega a ele o monopólio da jurisdição e da coisa julgada em território nacional¹⁵⁹.

O que se pretende enfatizar a partir dessas considerações é a mudança no perfil do Judiciário, que já não mais é visto como boca da lei ou mesmo escravo da lei, para utilizar os termos revolucionários. Falar no constitucionalismo pós 1988 é falar em um novo momento na trajetória constitucional brasileira, marcado por uma virada grandiosa na compreensão dos institutos e na importância conferida a cada um dos poderes. Todavia, não se pode desconsiderar que toda a tradição jurídica que veio a ser construída a partir do momento em que se teve a ideia de dividir os poderes foi também desenhada a partir de moldes hostis ao Judiciário, o que demandou uma fase de adaptação a essa nova ordem.

No período imediatamente posterior à vigência da Constituição, passou-se a advogar a aplicabilidade imediata das normas constitucionais como forma de

¹⁵⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 47.

¹⁵⁸ SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: *Por um constitucionalismo inclusivo: história Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 233 – 272.

¹⁵⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 554.

efetivar o numeroso rol de direitos fundamentais recém promulgado¹⁶⁰. Esse período, conhecido como positivismo de combate. Tratava-se ainda de um positivismo porque o foco era a norma jurídica positivada e não os argumentos morais. Defendia-se a normatividade da Constituição com base nos argumentos próprios do positivismo, sem as nuances dadas pelo neoconstitucionalismo, que só entra na segunda fase¹⁶¹.

Vencida essa fase, atinge-se o que costuma denominar constitucionalismo da efetividade, marcado pela chegada das teorias pós-positivistas de Dworkin e Alexy. A partir desse momento, passa-se a debater temas como a efetividade dos princípios constitucionais e a aplicação dos preceitos morais, e não apenas processuais, na análise do direito. Tais fatos, obviamente representam uma grande alteração no modo de interpretar e aplicar o direito do direito, garantindo ao judiciário um maior protagonismo institucional.

Esse direito processual constitucional é definido por Mitidiero como a condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo, levando à conclusão de que não basta observar a instrumentalidade das normas processuais para a efetividade das de direito material, sendo necessário, também, compreender o processo de modo que se tornem efetivos os princípios constitucionais consagrados pela Lei Maior.¹⁶²

¹⁶⁰ SARMENTO. Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e possibilidades. In: *Por um constitucionalismo inclusivo: história Constitucional Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 233.

¹⁶¹ Idem.

¹⁶² MITIDIERO. Daniel. *Colaboração no processo civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT. 2009. p. 37.

4 A INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS: ENTRE CÉTICOS E FORMALISTAS.

Até o presente momento, pode-se concluir que o conceito de violação à norma jurídica previsto pela hipótese de cabimento de ação rescisória positivada no art. 966, V, do Código de Processo Civil de 2015 possui contornos que o afastam da noção de ofensa à literalidade da lei consagrada pelo texto anterior. No atual estágio teórico e dogmático do Direito, não há como pensar na possibilidade de violação literal a um dispositivo de lei, ao passo que tal ofensa é sempre voltada a uma das interpretações acerca daquele dispositivo e não à sua literalidade. A compreensão de que seria possível violar diretamente a lei enquanto produto legislativo parte da errada premissa de que o intérprete teria a função de meramente revelar o sentido da lei, desconsiderando a diferença entre texto e norma.

Conforme assinalado nas páginas anteriores, à compreensão formalista, ou cognitiva, se contrapunham as chamadas teorias céticas, representadas pelos vários segmentos do realismo jurídico. Destacou-se, também, que poderiam ser distinguidas algumas teorias intermediárias, segundo as quais a interpretação pode ser tanto uma atividade de conhecimento quanto uma decisão discricionária, a depender do texto legal que lhe é objeto¹⁶³. A principal teoria classificada, sob essa ótica, como intermediária é a de Herbert Hart, especificamente no tópico relacionado à textura aberta do direito e aos conceitos de zona de penumbra e certeza.

Esses conceitos haitianos, apesar de não terem passado incólumes às críticas, podem servir de base para a noção de ação rescisória por violação à norma jurídica.

¹⁶³ GUASTINI. Riccardo. A interpretação: objetos conceitos, teorias. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin. 2005. p. 140.

4.1 A TEXTURA ABERTA DO DIREITO.

Na concepção de Hart, o sistema jurídico é composto por regras primárias - de obrigação - e secundárias - de julgamento. Esse sistema de regras existe e é reconhecido como tal se estiver efetivamente em vigor, o que exige que a maior parte da sociedade, na maior parte do tempo, cumpra as regras nele contidas, o que pode ocorrer de maneira espontânea imperatividade da lei ou pela imposição de uma autoridade investida no poder de fazer cumprir a lei.

Isso significa que o Direito pode ser entendido como um conjunto de regras gerais, padrões e princípios voltados a comunicar modelos gerais de conduta dirigidas a determinadas ocasiões. Isto é, o Direito contém em si o objetivo de dirigir comportamentos sociais por meio de enunciados específicos, que expressam a conduta conforme as regras estabelecidas. Compreendendo que o Direito é formado necessariamente por regras voltadas a sua aplicação, observância e imposição na sociedade, Hart aceita que tais regras não conseguem resolver absolutamente tudo, o que seria suprido por meio da discricionariedade judicial¹⁶⁴.

Nesse contexto, Hart dedica o oitavo capítulo de “*O conceito de Direito*” ao estudo do formalismo e do ceticismo acerca das regras, onde expõe seu conceito de *textura aberta do direito*¹⁶⁵. Em primeiro lugar, é importante ter em conta que a expressão diz respeito às indeterminações linguísticas presentes nas normas jurídicas, ou seja, a textura aberta do direito existe porque a linguagem jurídica não se apresenta de modo suficientemente claro, lançando dúvida sobre a sua aplicação no caso concreto¹⁶⁶.

¹⁶⁴ MACCORMICK, Niel. *H.L.A. Hart*. Rio de Janeiro: Elsevir. 2010. p. 37.

¹⁶⁵ HART, Herbert. *O conceito de Direito*. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 2001. P. 137.

¹⁶⁶ “A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos aplicadores de direito, os quais devem determinar o equilíbrio, a luz das circunstâncias, entre os interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso, afinal o mundo jurídico não está fechado e é necessário dar dinamismo ao direito” (HART, Herbert. *O conceito de Direito*. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 2001. p. 148).

De acordo com Hart, a textura aberta revela a existência de situações jurídicas que devem ser deixadas a cargo dos aplicadores de direito, os quais devem determinar o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre os interesses conflitantes que variam de caso para caso, afinal o mundo jurídico não está fechado e é necessário dar dinamismo ao direito. Conclui, com isso, que tais indeterminações semânticas devem ser supridas por meio da discricionariedade judicial - tese essa que, como se sabe, é refutada por Dworkin na clássica polêmica que envolve os dois teóricos¹⁶⁷.

De acordo com a narrativa de Hart, a textura aberta demanda a compreensão de que o Direito pode ser entendido como um conjunto de regras gerais, padrões e princípios destinados a comunicar modelos gerais de conduta dirigidas a determinadas ocasiões. Isto é, o direito contém em si o objetivo de dirigir comportamentos sociais por meio de enunciados específicos, que expressam a conduta conforme as regras estabelecidas.

Embora o direito se refira a categorias de pessoas, assim como categorias de atos, objetos e situações, o seu devido funcionamento demanda a compreensão por parte dos indivíduos a quem se dirigem tais comandos, pois há uma plêiade de atos, objetos e situações particulares dependentes da interpretação humana para que o êxito do direito seja conferido. Nesta toada, Hart faz a distinção do que se considera se tratar de legislação e de precedentes. Apesar de ambos enunciarem padrões gerais de comportamento, adiantando as futuras situações nas quais devam ser aplicadas, são muito distintos entre si. Um deles aplica uma comunicação com mínimo de palavras gerais a estabelecer

¹⁶⁷ “O conflito direto mais agudo entre a teoria jurídica deste livro e a teoria de Dworkin é suscitado pela minha afirmação de que, em qualquer sistema jurídico, haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu poder discricionário e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido pré-existente. Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe, os seus poderes de criação do direito”. (HART, Herbert. *O conceito de Direito*. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 2001. p. 148).

classificações – a legislação–, e o outro, ao contrário, utiliza o máximo dessas palavras – o precedente.

Para a melhor compreensão de tal fenômeno, Hart se utiliza de exemplos bastante didáticos. Num deles, aponta que um pai antes de ir à igreja explica ao filho qual deve ser o seu comportamento em suas dependências, conforme o seguinte: “todos os homens e os rapazes devem tirar o chapéu ao entrar na igreja”. Noutro exemplo, ao contrário, o pai ao entrar na igreja diz o seguinte ao seu filho: “olha, eis a forma correta de nos comportarmos nestas ocasiões”. Com base nisso, indica que os padrões de conduta ensinados por meio de modelos a partir de uma autoridade tendem a assumir diferentes formas, porque abre margem para várias possibilidades em razão da dúvida ao que se pretende fazer.

Nesses exemplos, fica claro que o chapéu deve ser retirado da cabeça ao entrar na igreja. Não há dúvida sobre tal conduta. Todavia, várias dúvidas podem pairar ao indivíduo quando busca saber, ao observar a origem do comando, qual é o gesto mais adequado para retirar o chapéu da cabeça: deve ser usada a mão esquerda ou direita? Deve ser retirado de forma rápida ou lenta? O chapéu deve ser colocado abaixo da cadeira? Há um modelo padrão a ser executado? São dúvidas elementares, mas que ilustram a problemática da aplicação do direito ao caso concreto; afinal, a fonte de dúvidas e circunstâncias é inesgotável em se tratando de um ambiente socialmente complexo.

A partir dessa demonstração singela de dúvidas, vislumbra-se a premissa de que o uso jurídico de precedentes também possui o mesmo problema¹⁶⁸. O precedente, como uma conduta (dotada de autoridade) conforme o direito, que se presta a orientação de outras condutas posteriores, também guarda em si uma série de dúvidas, tais como as expressas no exemplo não-jurídico acima exposto, porque há várias indeterminações no seu bojo. Em contraponto ao cenário exposto, a adoção de enunciados de padrões gerais de condutas mediante o uso de uma linguagem explícita se revela mais clara, segura e certa. Assim, se o

¹⁶⁸ HART, Herbert. *O conceito de Direito*. 3ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 2001. P. 137-138.

mandamento diz “Todos os homens devem tirar o chapéu ao entrar na igreja”, o indivíduo terá a certeza de que deve se preocupar apenas em retirar o chapéu¹⁶⁹.

Entretanto, é importante deixar claro que há, naturalmente, um limite na utilização da linguagem e na sua compreensão. Há situações de fato que podem gerar imprecisões ou incertezas na aplicação do direito, isto em razão de invenções humanas ou da própria natureza dos fatos. Surgem, então, os cânones da interpretação¹⁷⁰, que, embora não possam eliminar as incertezas, podem, pelo menos, diminuí-las. Estes cânones, porém, também emergem de outras regras, as quais são igualmente dependentes de interpretação.

Há várias situações familiares que dependem de recursos da linguagem para a adequada solução, o que demanda a existência dos termos gerais a fim de que seja tornada possível a aplicação do direito de forma coerente. Ressalta-se que não se prima pela dúvida na aplicação do direito, mas sim no reconhecimento da gama de possibilidades fáticas que podem demandar a aplicação de uma regra de forma condizente com o caso concreto.

Independentemente do processo escolhido, seja o precedente seja a legislação, a *textura aberta* serve como um mecanismo linguístico natural para elucidar as diversas possibilidades casuísticas. Apesar de ser um ideal interessante, a concepção de uma regra dotada de detalhamentos excessivos teria grande dificuldade de amoldar o direito de acordo com o caso concreto, que exige uma resposta com base nos instrumentos jurídicos disponíveis. Desse modo, a textura aberta do direito amplia as possibilidades de suas aplicações, inclusive abrindo espaço para várias alternativas. Isso é plenamente justificável em razão de duas desvantagens inerentes ao ser-humano. A primeira é que o indivíduo é relativamente ignorante perante os fatos; a segunda é a relativa indeterminação de finalidade.

Caso o mundo fosse orientado por finitas possibilidades, poder-se-ia, de antemão, imaginar a ocorrência de um fato e já adiantar uma possibilidade. Neste sentido, as regras seriam criadas para a aplicação a casos concretos de forma

¹⁶⁹ Ibidem. p. 138-139.

¹⁷⁰ Idem.

certa, impedindo outra escolha. Tudo seria reconhecido e teria a possibilidade de antecipar uma decisão. Esse mundo, porém, não existe. Resta, pois, aos legisladores a formulação de leis que considerem as limitações humanas, sendo capazes de disciplinar as condutas sem esgotar as inúmeras possibilidades fáticas e sem inchar o próprio texto da lei.

Partindo dessa concepção, quando uma lei proíbe o tráfego de um veículo num parque, entende-se perfeitamente o seu conteúdo: a conduta proibida e o objeto envolvido. O objetivo da regra é manter a paz e a tranquilidade no parque em detrimento de outra situação possível. Então, se partir da premissa da paz e tranquilidade no parque e de um viés altamente rígido no emprego e interpretação das palavras da lei, é possível também incluir no rol de veículos proibidos um automóvel de brinquedo, pois também se trata de um veículo. Porém, não é essa a noção de aplicabilidade do direito que se preconiza.

Do mesmo modo em que há limitação fática de antever futuras situações, a legislação deve conter um mandamento suficiente para determinar certas condutas sem restringir a pontos específicos nem tampouco ampliá-las de modo irrestrito. Assim, tanto a rigidez da regra como a ausência de limitação de situações fáticas entrará em conflito com finalidade nela pretendida. A textura aberta da lei, portanto, deixa de ser um problema interno da regra e passa a ser uma forma de solução ao caso concreto.

4.1.1 Zonas de penumbra e certeza.

Alguns anos antes da publicação de *“The concept of Law”*, rodado pela primeira vez em 1961, Hart proferiu uma conferência na Universidade de Harvard, cujo texto veio a ser publicado na edição de fevereiro de 1958 da *Harvard Law Review*, sob o título *Positivism and the Separation of Law and Morals*¹⁷¹.

¹⁷¹ HART. Herbert. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*. vol. 71. nº 4. Feb. 1958. pp. 593-629.

Nesse texto, Hart basicamente defende a separação entre direito e moral proposta pelos utilitaristas, especialmente Bentham e Austin, e, no que interessa à presente análise, aborda de uma maneira mais detalhada os casos em que, em decorrência da textura aberta da linguagem, ocorre a indeterminação da regra jurídica a ser aplicada. Situando-se lucidamente entre céticos e cognitivistas, o autor busca defender o distanciamento entre direito e moral dos ataques dirigidos pelos primeiros a respeito do julgamento de casos não previstos pela legislação.

O tema da textura aberta do direito é abordado na terceira das seis sessões em que se subdivide o artigo. Não se trata, evidentemente, de um tópico isolado do restante do texto, mas da resposta à crítica dirigida pelo realismo americano à tese da separação entre direito e moral. Argumentavam os realistas que não haveria possibilidade de se sustentar a separação entre esses dois conceitos, na medida diariamente eram julgados casos não previstos em lei para os quais os juízes ofereciam uma solução correta, de acordo com suas próprias inculcações morais.

A indagação realista é respondida com o mesmo exemplo que mais tarde ilustraria seu capítulo sobre textura aberta: A existência de uma regra jurídica que proíba a entrada de veículos no parque, diz Hart, certamente veda a entrada de automóveis naquele local, quanto a isso não há qualquer dúvida interpretativa. No entanto, haveriam casos em que não seria possível afirmar com clareza sua adequação ou inadequação ao texto legal. Seria admissível afirmar, indaga Hart, que bicicletas, patins e carrinhos de brinquedo estariam incluídos no conceito legal de veículo?

Com esse exemplo, o autor pretendeu afirmar a existência de hipóteses em que a aplicação de determinada regra que não gera qualquer dúvida acerca de sua validade; trata-se da posição-padrão da regra (*standart stance*). A esses casos não haveria qualquer dúvida interpretativa que pudesse conduzir a solução diversa daquela prevista naquela disposição legislativa¹⁷². Por outro lado, as

¹⁷² "If we are to communicate with each other at all, and if, as in the most elementary form of law, we are to express our intentions that a certain type of behavior be regulated by rules, then the general words we use - like "vehicle" in the case I consider - must have some standard instance in which no doubts are felt about its application". (HART. Herbert. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*. vol. 71. nº 4. Feb. 1958. pp. 593-629. p. 607).

hipóteses que estivessem situadas fora do núcleo iluminado estariam em uma zona de penumbra¹⁷³, na qual as palavras nem não são obrigatoriamente aplicáveis ou inservíveis¹⁷⁴.

Analisando, nesse ponto, a teoria de Hart, Guastini explica que “a ideia de penumbra serve não tanto para afirmar que “normas” são enunciados vagos, de incerta aplicação, mas antes para sublinhar, paradoxalmente, o oposto: apesar de um certo grau de imprecisão, as normas também têm uma área pacífica”¹⁷⁵

Desse modo, a compreensão da linguagem jurídica a partir de uma textura aberta em volta da qual os termos de uma disposição normativa possuem conteúdo semântico certo, mas também uma zona cinzenta em que o significado não é tão preciso, requerendo uma escolha interpretativa por parte do judiciário. Segundo Hart, quando o caso estiver situado no núcleo iluminado, não restando maiores dúvidas interpretativas a seu respeito, estará configurado o que denomina caso fácil; se, ao contrário, o caso estiver situado na zona de penumbra, haverá um caso difícil.

De acordo com Hart, em que pese os magistrados tenham a obrigação de aplicar as regras jurídicas correspondentes aos casos fáceis, quando se tratar de um caso difícil, situado fora do núcleo iluminado, o julgador pode recorrer à discricionariedade para solucionar o caso concreto¹⁷⁶.

Nesse ponto, sem a pretensão de adentrar nos pormenores do debate Hart/Dworkin, cabe apenas fazer alusão, ainda que muito brevemente, à

¹⁷³ “We may call the problems which arise outside the hard core of standard instances or settled meaning “problems of the penumbra”; they are always with us whether in relation to such trivial things as the regulation of the use of the public park or in relation to the multidimensional generalities of a constitution. If a penumbra of uncertainty must surround all legal rules, then their application to specific cases in the penumbral area cannot be a matter of logical deduction...” (HART. Herbert. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*. vol. 71. nº 4. Feb. 1958. pp. 593-629. p. 607).

¹⁷⁴ “There must be a core of settled meaning, but there will be, as well, a penumbra of debatable cases in which words are neither obviously applicable nor obviously ruled out. These cases will each have some features in common with the standard case; they will lack others or be accompanied by features not present in the standard case”. (HART. Herbert. Positivism and the Separation of Law and Morals. *Harvard Law Review*. vol. 71. nº 4. Feb. 1958. pp. 593-629. p. 607).

¹⁷⁵ GUASTINI. Riccardo. A interpretação: objetos conceitos, teorias. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin. 2005. p. 140.

¹⁷⁶ MACCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 171.

metodologia dworkiniana para a solução dos casos difíceis. A substancial diferença da teoria de Dworkin em relação à de Hart consiste em considerar que mesmo os casos difíceis possuem apenas uma resposta correta a ser descoberta pelo intérprete sem que esse possa recorrer à discricionariedade.¹⁷⁷

Na busca por essa solução, Dworkin reconhece que a primeira das impressões é a de que os casos difíceis podem gerar uma decisão tanto baseada em argumentos de princípios quanto em argumentos de política¹⁷⁸, mas sua posição, conforme já salientado, é a de que a decisão judicial, mesmo nos casos difíceis, deve ser baseada em argumentos de princípios, e não em argumentos de política.

Um argumento de princípio pode oferecer uma justificação para uma decisão particular, segundo a doutrina da responsabilidade, somente se for possível mostrar que o princípio em questão é compatível com as decisões anteriores que não foram refeitas, e com decisões que a instituição está preparada para tomar em circunstâncias hipotéticas. Isso é dificilmente surpreendente, mas o argumento não se sustentaria se os juízes fundamentassem suas decisões em argumentos de política.

No conceito dessa teoria geral do agir judicial, Dworkin concebe um personagem caricato que representa o Poder Judiciário por excelência. Trata-se do juiz Hércules, “um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas¹⁷⁹”, que “aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões de seu tribunal ou dos tribunais superiores¹⁸⁰”. Com isso, pode-se entender que o super juiz de Dworkin é um sujeito que, em sua sabedoria, leva em conta tanto a lei quanto os precedentes judiciais.

A esse ponto, importante enfatizar o repúdio de Dworkin à tese positivista do poder discricionário dos juízes. Para o nosso autor, o poder discricionário pode ser entendido de três maneiras possíveis. A primeira delas é aquela que pode

¹⁷⁷ DWORKIN. Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007. p 12.

¹⁷⁸ DWORKIN. Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007. p 131.

¹⁷⁹ DWORKIN. Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007. p 165.

¹⁸⁰ DWORKIN. Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007. p 165.

variar de pessoa para pessoa, como a escolha, por um sargento, de cinco homens para fazer uma patrulha; a segunda, são as decisões definitivas, como a de um árbitro de futebol e, por fim, a terceira é a que coloca uma faculdade (embora não seja esse o termo colocado pelo autor), como a que tem o locatário de renovar, ou não, o contrato de locação. Nesse contexto, a posição de Dworkin é a de que os juízes, por vezes, podem atuar a terceira das formas de poder discricionário, mas que o comum é que a terceira forma não seja utilizada, uma vez que o poder discricionário não pode excluir o dever¹⁸¹.

Disso, portanto, pode-se chegar a uma primeira conclusão, parcial é verdade, mas de substancial relevo para as premissas que se pretende traçar ao fim deste trabalho. Trata-se da constatação de que uma decisão deve ser composta de modo substancialmente heterogêneo, ou seja, uma sentença, na moldagem caricata e sacrossanta de Dworkin, deve levar em conta todo o universo jurídico que se apresenta diante dos olhos (leis escritas) e da mente do magistrado (princípios). A tese do poder discricionário permite extrair, a partir da livre conjugação das ideias do autor, que esses conceitos heterogêneos que conduzem à formação da convicção do juiz devem ser substanciados por meio de uma análise efetuada a partir de princípios e regras extraídos das leis e precedentes que compõe o sistema jurídico no qual se insere o juízo prolator da decisão.

A metodologia para que isso seja possível, ao menos em teoria, é dada pelo próprio Dworkin, no momento em que explica o modo como Hércules exerce sua jurisdição. Esclareça-se que a teoria da argumentação e da decisão em Dworkin é muito ampla, complexa e detalhada, razão pela qual este trabalho se limita a expor - para usar uma expressão do próprio Dworkin - “os ossos” da teoria

¹⁸¹ “Ao contrário, para nós a preposição de que os juízes têm poder discricionário no terceiro sentido, em uma ou outra questão, é uma posição que deve ser estabelecida afirmativamente, com base na ponderação de argumentos e não simplesmente por omissão (...). Entretanto, na maioria dos casos difíceis, os juízes assumem uma postura diversa da que descrevi (...). Em tais casos, alguns juízes argumentam em favor da primeira possibilidade que mencionei, outros em favor da segunda, outros permanecem indecisos. Todos, porém, excluem a terceira possibilidade. Claramente, não existe nem mesmo os rudimentos de uma regra social que onverta o poder discricionário que requer o exercício do juízo em um poder discricionário que exclui o dever” (DWORKIN. Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007. p 165)

da sentença judicial de Hércules, o que se faz em razão do recorte teórico e didático a que se propõe este trabalho e pelo fato de que “as carnes” se encontram muito bem distribuídas nos escritos do próprio autor.

Em primeiro lugar, Hércules deve formular coerentes argumentos de princípio, o que o obriga a uma teoria sobre a Constituição. Essa teoria é formulada a partir de algumas indagações. A primeira delas deve ser relacionada ao motivo que leva a Constituição a criar direitos, sendo que a resposta deve ser a de que isso ocorre com vistas a garantir a igualdade. Após esses procedimentos, deveria indagar quais os princípios ou conjuntos de princípios são resguardados pela Constituição àquele caso, compará-los e sopesá-los até construir uma teoria constitucional completa. Em alguns casos, Hércules pode chegar a duas teorias constitucionais, como ocorre no exemplo de uma situação em que seja obrigado a decidir se o Estado tem o dever de fornecer transporte escolar gratuito a alunos de escolas paroquiais¹⁸². Nesse caso, Hércules chegaria a conclusão de que “deve voltar-se para outras regras constitucionais restantes e para as práticas estabelecidas no contexto dessas regras, para ver qual dessas teorias se harmoniza melhor com o sistema constitucional como um todo¹⁸³”.

Construída sua teoria constitucional, a análise de Hércules deve se voltar às leis ordinárias, de modo a confrontar sua teoria constitucional com as leis ordinária, visando a construção de uma teoria legal embasando sua teoria das leis na teoria constitucional anteriormente criada, de tal modo a efetivar uma teoria legal completa. No âmbito dessa teoria, Hércules também deveria colocar algumas perguntas, como “que argumentos de princípio e de política poderiam ter convencido o Poder Legislativo a promulgar exatamente essa lei?”. Chegando a resposta, perguntaria “qual dessas duas políticas responsáveis oferece uma melhor justificação da lei efetivamente redigida?”. Escolhida a melhor teoria interpretativa, perguntaria “qual das diferentes interpretações da lei permitidas pela linguagem serve melhor a essa política?”¹⁸⁴

¹⁸²DWORKIN. Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007. p 166).

¹⁸³DWORKIN. Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007. p 167.

¹⁸⁴Todos os trechos reproduzidos entre aspas nesse parágrafo se encontram em DWORKIN. Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007. p 170.

Num terceiro momento, Hércules deveria analisar todos os precedentes de sua jurisdição e ponderar a respeito da força gravitacional deles, concluindo que como os precedentes tratam de situações e objetivos específicos, não podem ser alcançados pelos argumentos de política, mas apenas pelos de princípios, os quais tratam de situações mais gerais e, por esse motivo, podem ser usados como precedentes de modo coerente e igualitário. Com vistas a garantir que as decisões tomadas com base em precedentes formem um todo igualitário, Hércules deve passar à difícil tarefa de organizar todos os precedentes de sua jurisdição num todo coerente entre si e em relação à sua teoria constitucional e legal, visando atingir a melhor resposta para o caso difícil que tem o dever de apreciar. Nessa tarefa, o magistrado deverá justificar os princípios de acordo com uma ordenação vertical (entre princípios de índole diferente: constitucionais, legais, costumeiro etc) e uma ordenação horizontal (entre os princípios de mesma índole).

O passo seguinte é organizar uma teoria do erro, o que fará, em primeiro lugar, por meio de dois conjuntos de distinções: o primeiro relativo à autoridade específica e o segundo, das consequências institucionais que definem o seu poder gravitacional. Após, Hércules utilizará duas ordens de argumentos para demonstrar que uma determinada corrente jurisprudencial está errada. Em primeiro lugar, em relação a argumentos históricos ou de uma percepção geral da comunidade, demonstrando a importância histórica de um dado princípio e que essa importância não mais se sustenta, e de moralidade política, de modo que fique claro que tal decisão ou princípio é injusto por ferir a equidade¹⁸⁵.

Com base nesse agir judicial de Hércules fica claro que, para Dworkin, os juízes não devem exercer poder discricionário no julgamento de litígios, mas buscar sempre uma atuação calcada na interpretação dos elementos presentes no próprio ordenamento jurídico, em especial por meio da aplicação dos princípios constitucionais. No que importa à presente análise, o problema dessa teoria é sua semelhança com o formalismo interpretativo, na medida em que considera a atividade judicial como tendente a descobrir uma resposta pré-estabelecida no ordenamento jurídico. Tal como defende o formalismo interpretativo, a teoria da

¹⁸⁵ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes. 2007. p 182.

resposta correta parte da suposição de que a norma seria dada pelo legislador estaria de algum modo escondida no ordenamento jurídico à espera de ser revelada pelo intérprete.¹⁸⁶

4.2 CASOS EM QUE A NORMA DECORRE DIRETAMENTE DO TEXTO LEGAL.

Na esteira da teoria hartiana de textura aberta e zona de penumbra, Genaro Carrió desenvolveu uma teoria da decisão judicial baseada exatamente nesses conceitos¹⁸⁷. Segundo ele, se os juízes não exercem nenhuma discricionariedade no momento em que aplicam determinada norma a uma situação localizada sob a zona de luz, o mesmo não se pode dizer dos casos em que a aplicação é baseada em hipóteses localizadas fora do núcleo iluminado.

Pode-se afirmar, segundo ele, que, nesses casos, a norma decorre diretamente do texto legal, sem que seja dada ao intérprete a possibilidade de qualquer atuação criativa. É justamente esse o ponto de discordância entre as teorias intermediárias, como de Hart e Carrió, e as céticas, representadas pelos vários ramos do realismo. Diferente do que entendem alguns céticos, os adeptos das teorias intermediárias costumam aceitar a discricionariedade nos casos localizados na zona iluminada.

A teoria de Carrió se equivoca, segundo Guastini¹⁸⁸, ao distinguir de maneira equivocada os conceitos de descoberta e atribuição de significado. Segundo Carrió, a primeira hipótese – descoberta de significado – está ligada aos casos localizados na zona de luz, enquanto a segunda – atribuição de significado – diz respeito aos casos penumbrados. Desse modo, os casos cuja norma decorre diretamente do texto legal estariam sujeitos a um ato de descoberta de significado.

¹⁸⁶ GUASTINI. Riccardo. A interpretação: objetos conceitos, teorias. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin. 2005. p. 161.

¹⁸⁷ GUASTINI. Riccardo. A interpretação: objetos conceitos, teorias. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin. 2005. p. 140.

¹⁸⁸ GUASTINI. Riccardo. A interpretação: objetos conceitos, teorias. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin. 2005. p. 151.

O erro dessa teoria está justamente no fato de considerar a inexistência de interpretação nos casos ditos fáceis. Considerando-se o intérprete enquanto agente de criação da norma jurídica a partir dos termos e signos fornecidos pelo legislador, tem-se que jamais poderá ser admitida a hipótese de que este exerce uma atividade de descoberta de significado, tal como estabelecia o formalismo de viés iluminista. Nas palavras de Guastini, “o intérprete que atribua ao texto normativo um significado – por mais óbvio e pacífico que possa ser esse significado – pronuncia, entretanto, um discurso interpretativo e não descritivo de interpretações (alheias) ”¹⁸⁹.

Somente aquele que pronuncia interpretações sujeitas a teste de verdade e falsidade é que estará exercendo uma atividade de descoberta de significado. Absolutamente, não é o que ocorre nos casos em que se pronuncia o a norma contida em determinado texto legal, por mais claro e incontroverso que seja aquele dispositivo de lei. A atividade de produção da norma jurídica é sempre uma atividade de atribuição de significado, haja vista que não está sujeita a testes de verdade e falsidade. Caso se entenda em sentido contrário, se estará admitindo o retorno ao vocábulo latino segundo o qual *In claris cessat interpretatio*.

¹⁸⁹ Idem.

5 RAZÃO DE SER DAS CORTES DE VÉRTICE

5.1 DA CASSAÇÃO À INTERPRETAÇÃO.

Assim como com as teorias da interpretação sofreram grande influência da mentalidade pós-revolucionária, o contexto da aplicação do direito pelas cortes supremas também carrega essa herança histórica. O primeiro modelo de Tribunal de Cassação teve origem justamente a partir da necessidade revolucionária de se proteger o direito do arbítrio dos juízes, o que passaria a ser feito por meio de um órgão destinado especificamente a tal finalidade. Por óbvio, quando se pensa no contexto do formalismo interpretativo e na ideia de respeito à vontade histórica do legislador, o passo seguinte só poderia ser a criação de mecanismos e instituições que dessem conta de garantir perfeitamente essa ordem de ideias¹⁹⁰.

Tanto é evidente essa conotação conferida ao tribunal de cassação francês que lhe foi negada qualquer atividade que não correspondesse simplesmente a cassar as decisões judiciais proferidas nos casos de contravenção expressa aos termos da lei, conforme previa o Decreto de 1970, segundo o qual a correção do sentido conferido à lei deveria ser feita por meio do reenvio ao legislador¹⁹¹.

¹⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 38.

¹⁹¹“Pela lei de 1 de Dezembro de 1790, art. 21, se estabeleceu que, depois de duas cassações, a interpretação seria dada pelo corpo legislativo; pela lei de 18 de Março de 1800, art. 78, ficou pertencendo ao tribunal de cassação julgar reunidas as suas secções; a lei de 16 de Setembro de 1807 alterou esta disposição, e estabeleceu, que havia lugar a interpretação da lei, quando a corte de cassação annullasse duas sentenças proferidas em ultima instancia sobre o mesmo negocio, entre as mesmas partes e combatidas pelos mesmos fundamentos; que es ta interpretação seria dada em fórma de regulamento pelo governo com o conselho d'estado: que podia ser pedida pelo tribunal de cassação antes de pro nunciar a segunda sentença, que se ella não fosse por elle exigida, não poderia proferir segunda sentença, se não em secções reunidas, e sob a presidencia do ministro da justiça; a lei de 30 de Julho de 1828 der rogou a de 16 de Setembro de 1807, e attribuiu ás relações essa faculdade para julgar definitivamente sem mais recurso de cassação, dando porém conta ao go verno para se proceder ulteriormente á interpretação da lei na primeira immediata sessão legislativa; e finalmente a lei de 1 de Abril de 1837 , na supposição de pôr termo aos conflictos judiciaes sobre pontos de direito duvidosos, derogou a lei de 30 de Julho de 1828, transferindo para o tribunal de cassação a faculdade de interpretar as leis nos casos occorrentes, sendo as relações obrigadas a

Com a abolição do reenvio legislativo pelo Código de Napoleão, passou-se, também a conferir, conferindo-se ao Tribunal de Cassação a função de controlar a interpretação das leis. Substituíam-se, assim, o conceito de contravenção expressa ao texto da lei por falsa aplicação da lei. Em termos práticos, bastava a existência de uma interpretação errada do dispositivo legal, muito embora o tribunal ainda permanecesse obrigado a julgar em abstrato, sem referência com os casos concretos.¹⁹²

Nos primeiros anos de história do Tribunal de Cassação francês apenas se limitava a retirar do mundo jurídico as interpretações indevidas. Essa feição negativa da decisão cassacional era ligada de modo muito estreito à própria teoria cognitivista¹⁹³, segundo a qual a interpretação jurídica é ato de mero conhecimento¹⁹⁴. De fato, se a norma jurídica era dada pelo legislador e destinada a ser descoberta pelo intérprete por meio de uma atividade meramente declaratória¹⁹⁵, não restava muita saída à Corte de vértice senão cassar as interpretações erradas.

Com o passar dos anos, porém, decisões cassacionais passaram a ser motivadas, fazendo com que os juízos de reenvio passassem a respeitar as decisões do daquele tribunal, mesmo sem ter qualquer obrigação em relação a isso. Como explica Marinoni, o desrespeito à decisão cassacional, embora legalmente válido, passou a ser visto como um ato de rebeldia¹⁹⁶. Iniciava-se, assim, o desenho de um novo modelo de corte suprema.

Nesse panorama, é importante destacar que, se, como ficou evidenciado nos capítulos anteriores, *L'interpretazione delle legge*, de Giovanni Tarello, foi uma obra de extrema importância para que se desenvolvesse a noção de norma

conformar-se com essa decisão interpretativa". (CARVALHO. Antonio de Azevedo Mello e. *A Revista*. Lisboa: Imprensa Nacional. 1843. p. 16)

¹⁹² MARINONI. Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 46.

¹⁹³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 7ª. Ed. Malheiros: São Paulo, 2007. p. 64-65.

¹⁹⁴ MITIDIERO. Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 37.

¹⁹⁵ GUASTINI. Riccardo. *A interpretação: objetos conceitos, teorias. Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin. 2005. p. 140.

¹⁹⁶ MARINONI. Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 46.

jurídica enquanto fruto da atividade do intérprete¹⁹⁷, certamente *La cassazione Civile*, de Piero Calamandrei, teve igual ou maior impacto no que toca à sistematização das Cortes de Cassação, tendo sido, inclusive, parcialmente adotada pela legislação italiana.

Apesar da importância teórica dessa obra, ela ainda se referia à Corte de Cassação como responsável por declarar o sentido exato da lei, em reverência às teorias formalistas e desconsiderando a diferença entre texto e norma. Desse modo, a função da Corte cassacional continuaria sendo a de definir o sentido da lei, como se fosse possível submeter às normas jurídicas a um teste de verdade e falsidade¹⁹⁸. Sobre esse ponto, Marinoni destaca que “Calamandrei obviamente não podia – dada a realidade cultural e política em que estava inserido – ver a diferença entre texto legal e norma jurídica e atentar para a circunstância de que os precedentes obrigatórios podem e devem ser revogados em nome do desenvolvimento judicial do direito”¹⁹⁹.

O conceito de Corte definidora da exata interpretação da lei não guarda relação com o atual momento da teoria jurídica, especialmente com a mudanças conjunturais observadas pela passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional, tanto em relação à interpretação jurídica como também no que toca à teoria das normas e à técnica legislativa.²⁰⁰ Com efeito, a superação do formalismo interpretativo e a consequente dissociação entre texto e norma²⁰¹ conduz a uma alteração substancial também no trabalho das cortes, que deixam de estabelecer a correta interpretação e passam definir o “sentido adequado extraível do texto legal, argumentando mediante ‘melhores razões’ ou mediante as razões que evidenciem as opções do intérprete como as mais aceitáveis”.²⁰²

¹⁹⁷ TARELLO. Giovanni. *et al. Disposición vs. Norma*. Lima: Palestra. 2011; TARELLO Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980; TARUFO.

¹⁹⁸ GUASTINI. Riccardo. A interpretação: objetos conceitos, teorias. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin. 2005. p. 140.

¹⁹⁹ MARINONI. Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 46.

²⁰⁰ MITIDIERO. Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 15/18.

²⁰¹ TARELLO. Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980.

²⁰² MARINONI. Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 115.

Desse modo, a função contemporânea das Cortes Supremas, é a de conferir sentido à ordem jurídica e reduzir a equivocidade dos enunciados linguísticos por meio de uma atividade de reconstrução do sentido do direito²⁰³. Não se trata, porém, de mera alteração semântica. A diferença existente entre lei e norma não é objeto vazio de teorias aleatórias e sem compromisso com a efetividade dos direitos. Pelo contrário, admitir a dissociação entre esses dois conceitos implica em elevar as cortes supremas a um patamar de órgãos produtores de direito – e não meramente reveladores ou descobridores de uma ordem pré-estabelecida.²⁰⁴

5.1.1 Violação à norma jurídica das cortes supremas.

No que toca à ordem jurídica brasileira, a função constitucional do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, incumbidos de proferir a última palavra a respeito da interpretação da Constituição e da legislação federal, deve conduzir à compreensão desses Tribunais como cortes de interpretação e de precedentes, e não mais como meros órgãos de controle e de jurisprudência²⁰⁵.

Tomada a compreensão dessas cortes como Cortes de Precedentes e considerada, em primeiro lugar, a noção de que a norma jurídica é produzida por meio de uma atividade interpretativa do judiciário, e, em segundo, a previsão do art. 927 do Código de Processo Civil no sentido de determinar a observância obrigatória dos precedentes desses tribunais, não há outra conclusão a ser extraída, senão a de que os precedentes dessas cortes, em que pese a imprecisão

²⁰³ MITIDIERO. Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 83-85.

²⁰⁴ GUASTINI. Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2014. p. 346.

²⁰⁵ MITIDIERO. Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 81; MARINONI. Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 119 e ss.

semântica do art. 927²⁰⁶, são verdadeiras normas jurídicas. Dito de outra forma, todo o arcabouço teórico, histórico e dogmático que envolve essa seara converge no sentido de que os precedentes das Cortes Supremas devem ter caráter obrigatório, sendo considerados normas jurídicas puras, para usar o qualificativo kelseniano.²⁰⁷

Recorde-se, ainda, que a Lei 13.256/2016 inseriu os §§ 5º e 6º ao art. 966 do Código de Processo Civil, os quais deixam clara a possibilidade de ajuizamento de rescisória em caso de decisão que se pauta equivocadamente em súmula ou precedente. Com efeito, o parágrafo quinto afirma expressamente que cabe ação rescisória, com fundamento no inciso V do art. 966, contra decisão que, baseada em súmula ou precedente, não fez a distinção da questão discutida no processo, enquanto o parágrafo sexto adverte que a petição inicial da ação rescisória, quando baseada no parágrafo quinto, deve evidenciar que a decisão rescindenda julgou caso que não podia ser regulado por aquela norma editada pelo Judiciário. Em síntese, os dois parágrafos estabelecem a possibilidade de rescisão de acórdão que tenha sido baseada em súmula ou precedente inaplicável àquela situação concreta, cabendo ao autor da rescisória demonstrar tal inadequação.

No ponto que interessa à presente análise, portanto, se pode afirmar com a mais absoluta certeza que o conceito de norma jurídica estampado entre as hipóteses de cabimento de ação rescisória faz referência ao sentido do direito previsto pelas Cortes Supremas. Quando se prevê que a sentença pode ser rescindida por violação à norma jurídica, o que se pretende dizer, considerando-se o atual estágio da teoria da interpretação, é que tal ofensa será sempre de uma das interpretações cabíveis em relação a determinado enunciado legislativo, mesmo que tal norma esteja situada na zona de luz e, por isso, não gere mais do que uma interpretação válida a seu respeito.

Nesse caso, porém, chama atenção a disposição do parágrafo quinto, especialmente pelo fato de se referir à particularização do precedente.

²⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2016. p. 284/285.

²⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2016. p. 317.

Considerados enquanto norma jurídica, é certo que também se aplica a eles a teoria hartiana de zonas de penumbra e certeza. Também nos casos de inadequação do precedente. Em face da aplicação extensiva ou restritiva do precedente, a zona de penumbra é mais extensa. Havendo dúvida, portanto, não é admitida violação manifesta de norma jurídica nesses casos, o que somente pode ocorrer nas situações em que a decisão estiver fora da zona de penumbra.

Sem que seja necessário esgotar todas as hipóteses em que pudesse ser aplicável o conceito de norma jurídica para de cabimento de rescisória, já se tem o suficiente para que se cheguem às conclusões a respeito do tema.

Deve-se destacar, ainda, a possibilidade de violação a norma jurídica não delineada pela corte suprema, mas que, tendo sido objeto de decisão de eficácia obrigatória, foi poucas vezes questionada em juízo. Mais uma vez, de poderia invocar o conceito hartiano de zonas de penumbra e certeza. Não há dúvidas de que uma norma poucas vezes questionada em juízo está situada na zona iluminada.

CONCLUSÕES

As conclusões parciais foram sendo expostas ao longo do texto, de modo que este espaço se limite a repeti-las de maneira ordenada.

O conceito de norma jurídica é em certa medida vago, de modo que a hipóteses de cabimento de ação rescisória com base nesse permissivo legal pode ser compreendida de vários modos diferentes, a depender da concepção teórica que se adota. Nesse passo, observou-se que a comissão de juristas responsável pela elaboração do projeto que deu origem ao Código de Processo Civil de 2015 estabeleceu a expressão “norma jurídica” com vistas a abarcar as princípios e regras, nos moldes de teorias como a de Alexy, por exemplo.

A interpretação mais adequada ao dispositivo legal, porém, não é essa.

O conceito de violação à norma jurídica previsto pela hipótese de cabimento de ação rescisória positivada no art. 966, V, do Código de Processo Civil de 2015 possui contornos que o afastam da noção de ofensa à literalidade da lei consagrada pelo texto anterior. No atual estágio teórico e dogmático do Direito, não há como pensar na possibilidade de violação literal a um dispositivo de lei, ao passo que tal ofensa é sempre voltada a uma das interpretações acerca daquele dispositivo e não à sua literalidade. A compreensão de que seria possível violar diretamente a lei enquanto produto legislativo parte da errada premissa de que o intérprete teria a função de meramente revelar o sentido da lei, desconsiderando a diferença entre texto e norma.

À compreensão formalista, ou cognitiva, se contrapõem as chamadas teorias céticas, representadas pelos vários segmentos do realismo jurídico. Destacou-se, também, que poderiam ser distinguidas algumas teorias intermediárias, segundo as quais a interpretação pode ser tanto uma atividade de conhecimento quanto uma decisão discricionária, a depender do texto legal que lhe é objeto. A principal teoria classificada, sob essa ótica, como intermediária é a de Herbert Hart, especificamente no tópico relacionado à textura aberta do direito e aos conceitos de zona de penumbra e certeza.

Diante disso, se pode afirmar com que o conceito de norma jurídica estampado entre as hipóteses de cabimento de ação rescisória faz referência ao

sentido do direito previsto pelas Cortes Supremas. Quando se prevê que a sentença pode ser rescindida por violação à norma jurídica, o que se pretende dizer, considerando-se o atual estágio da teoria da interpretação, é que tal ofensa será sempre de uma das interpretações cabíveis em relação a determinado enunciado legislativo, mesmo que tal norma esteja situada na zona de luz e, por isso, não gere mais do que uma interpretação válida a seu respeito.

REFERÊNCIAS

AFONSO DA SILVA, Luis Virgílio. *O proporcional e o razoável*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 91, v. 798, p. 23-50, abril 2002,

ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001,

ALEXY. Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros. 2008,

AVILA. Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*. Ano I. Vol. I.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 7. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARZOTTO. Luis Fernando. *O positivismo jurídico contemporâneo: Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. São Leopoldo: Unisinos. 2000.

BOBBIO. Norberto. *Lições de Filosofia do Direito*. Trad. Márcio Pugliese, Edson Bini e Carlos Rodrigues. São Paulo: Icone. 1995.

CAMBI. Eduardo. Precedentes Vinculantes. *Revista de Processo*. São Paulo. vol. 215 (2013). p. 207/245.

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra. 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. 2ª ed. São Paulo: Lemos e Cruz. 2004.

CHIOVENDA. Guiseppe. *Principios del derecho processal civil*. Madrid: Reus. 1925. Vol. 2.

DANTAS, David Diniz. *Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos*. São Paulo: WVC. 2004

DAVID. René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DEMOLOMBE. Charles. *Cours de Code Napoléon*. v. 1. Paris: Lahure. 1880.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2009

DOMAT. Jean. *Les loix civiles dans leur ordre natuerel. Le droit public, et legum delectus*. Tome Premier. Paris: Savoye. MDCCLXVII - 1767.

DWORIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

DWORKIN. Ronald. *Levando os direitos a sério*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FENET. Pierre-Antoine. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. Tome Deuxième. Paris: Videcoq. 1836.

FENET. Pierre-Antoine. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. Tome Premier. Paris: Videcoq. 1836.

FERRANTE. Riccardo. Los orígenes del modelo de codificación entre los siglos XIX y XX en Europa, con particular atención al caso italiano. *Revista de Derecho Privado*, Dez/2013, Nº 25

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994

GILISSEN. John. *Introdução Histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 2001.

GRAY. Christopher Berry (editor). *The philosophy of Law: an Encyclopedia*. New York: Library of Congress. 1999.

GROSSI. Paolo. *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. Florianópolis: Boiteux. 2007

GUASTINI. A interpretação: objetos conceitos, teorias. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin. 2005.

GUASTINI. Riccardo. *Disposizione vs norma*. Guirisprudenza costituzionale. 1989.

GUASTINI. Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2014.

GUASTINI. Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.

GUASTINI. Riccardo. *Nuovi studi sull'interpretazione*. Rome: Arcane. 2008.

HART, Herbert. *O conceito de Direito*. Pós-escrito editado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz. Trad. de A. Ribeiro Mendes. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012

HESPANHA. António Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*. 2ª ed. Lisboa: Europa-América.

HESPANHA. António Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*. 2ª ed. Lisboa: Europa-América.

KELSEN. Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

LIEBMAN. Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile: principi*. Milão: Giuffrè. 2002.

LOCKE. John. *Dois tratados sobre governo*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LUHMANN, Niklas. *Introducción a la teoría de sistemas*. Barcelona: Anthropos, 1996

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo*.

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI. Luiz Guilherme. ARENHART. Sérgio Cruz. MITIDIERO. Daniel. *Novo Curso de Processo Civil*. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015.

MARINONI. Luiz Guilherme. *Coisa Julgada Inconstitucional*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

MARINONI. Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

MARINONI. Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

MENDES. Gilmar Ferreira. COELHO. Inocência Mártires. BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2008.

MIRANDA. Francisco Cavalcanti Pondes de. *Tratado da Ação Rescisória das sentenças e de outras decisões*. 5ª ed. corrigida, posta em dia e aumentada. Rio de Janeiro: Forense: 1976.

MITIDIERO. Daniel. *Colaboração no processo civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: RT. 2009.

MITIDIERO. Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

MITIDIERO. Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas: Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014

MITIDIERO. Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016

MODUGNO. Franco. *Interpretazione giuridica*. Padova: Cedam. 2009.

MONTESQUIEU. Charles de Secondat. Barão de. *O espírito das leis*. São Paulo:

Martins Fontes, 1996.

MONTESQUIEU. Charles de Secondat. Barão de. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996

MOREIRA. José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V (arts. 476 a 565). Rio de Janeiro: Forense. 2006. p. 131/133.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PORTALIS. Jean-Étienne-Marie. *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código Civil*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. 2014.

RE 41.407. rel. Min. Vilas Boas. Julgado em 04/08/1959.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

ROUSSEAU. Jean-Jacques. *Du contrat social ou principes du droit politique*. Paris: Union Générale d'Éditions, 1963.

SCHAUER, Frederick. *The Force of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

SENADO FEDERAL. *Diário do Senado Federal*. Ano LXV, nº 70, 14/05/2010.

SENADO FEDERAL. *Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 168, de 2015, do Deputado Carlos Manato*. Relator. Sen. Blairo Maggi. Disponível em <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123769>. Acesso em 27 de dezembro de 2015.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros,

SILVA. Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros. 2011. p. 69

SILVA. Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros. 2011.

SOYKA-ZIELINSKA. Katarzina. Le référé législatif à travers les siècles depuis Justinien jusqu'à Napoléon. in *Le temps et le droit: Actes des Journées Internationales de la Société d'Histoire du Droit*. Nice 2000. Nice: 2002.

STF. 2ª Turma. RE 41.407. rel. Min. Vilas Boas. Julgado em 04/08/1959.

STF. 2ª Turma. RE 50.046. rel. Min. Victor Nunes Leal. Julgado em 05/04/1963.

TARELLO Giovanni. *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980

TARELLO. Giovanni. *et al. Disposición vs. Norma*. Lima: Palestra. 2011;

TARELLO. Giovanni. *L'interpretazione della legge*, Milano: Giuffrè. 1980.

TARELLO. Giovanni. La scuola dell'esegesi e la sua diffusione in Italia, in *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988.

TARELLO. Giovanni. *Storia della Cultura Giuridica Moderna. I. Assolutismo e Codificazione*. Bologna: Il Mulino, 1976.

TARUFO. Michele. La Corte di Cassazione e la legge. *Il vertice ambiguo: Saggi sulla Cassazione Civile*. Bologna: Il Mulino. 1992

TRONCHET. Denis; PREAMENEU. Félix Julien Jean Bigot de; PORTALIS. Jean-Étienne-Marie; MALEVILLE. Jacques de. *Projet de Code Civil présenté par la Commission nommée par le Gouvernement*. Paris: imprimeur-libraire qui Malaquais. An VIII (1800). s/p - Livro Preliminar

VILLA. Vitorio. *La teoria dell'interpretazione giuridica fra formalismo e antiformalismo*. Disponível em http://www2.units.it/etica/2006_1/VILLA.pdf. Acesso em 23 de novembro de 2015

WOLKMER. Antônio Carlos. (org.). *Introdução à história do pensamento político*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

WRÓBLEWSKI Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid: Civitas. 1985.

WRÓBLEWSKI. Jerzy. Functions of law and legal certainty, *Anuario de Filosofía del Derecho*. XVII. 1973-1974