

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

Maria Angélica Echer Ferreira Feijó

O JUIZ E A LEI:
*Primeiras linhas para o desenvolvimento de uma
Teoria Reconstitutivista da Jurisdição com base no Ceticismo Moderado Interpretativo*

**Porto Alegre
2015**

Maria Angélica Echer Ferreira Feijó

O JUIZ E A LEI:

*Primeiras linhas para o desenvolvimento de uma
Teoria Reconstitutivista da Jurisdição com base no Ceticismo Moderado Interpretativo*

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre em direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Adjunto Dr. Daniel Mitidiero

**Porto Alegre
2015**

Maria Angélica Echer Ferreira Feijó

O JUIZ E A LEI:

*Primeiras linhas para o desenvolvimento de uma
Teoria Reconstitutivista da Jurisdição com base no Ceticismo Moderado Interpretativo*

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre em direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Daniel Mitidiero (orientador)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Hermes Zaneti Júnior
Universidade Federal do Espírito Santo

Professor Humberto Bergmann Ávila
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Klaus Cohen Koplin
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Conceito: _____

Porto Alegre, 1º de julho de 2015.

*À memória de Ovídio Araújo Baptista da Silva e
Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, pelo convite à
reflexão crítica sobre a atividade dos juízes.*

AGRADECIMENTOS

De todos os amigos que me ajudaram durante o Mestrado Acadêmico, *duas* pessoas merecem especial agradecimento.

Em primeiro lugar, agradeço ao Professor Daniel Mitidiero, orientador e amigo, sem o qual não teria sido possível *iniciar e desenvolver* esta pesquisa. Muito obrigada pelo constante estímulo, apoio e ajuda que me foram generosamente entregues, não só durante o período deste Mestrado, mas ao longo dos quatro anos de amizade!

Em segundo lugar, agradeço ao Ronaldo Kochem, presente que esta Faculdade de Direito me deu há seis anos, sem o qual não teria sido possível *finalizar* esta pesquisa. Muito obrigada pelo companheirismo, suporte e cumplicidade que me foram indispensáveis, principalmente nos momentos em que pensei que não conseguiria ultrapassar este desafio. ~~E eu consegui~~ nós conseguimos!

Para além destas duas pessoas, deixo meu carinhoso agradecimento aos amigos Otávio Motta, Otávio Domit, Paulo Mendes, Rafael Abreu, Renzo Cavani, Rodrigo Führ de Oliveira, Vanessa Mitidiero e Vitor de Paula Ramos. A convivência com vocês me incentiva a ir cada vez mais longe, obrigada!

Ao Eduardo Kowarick Halperin, Matheus Senna e Marcelo Tosin, meu penhorado agradecimento, pois sem a ajuda de vocês, não poderia ter me dedicado a esta Dissertação com todas as minhas forças!

Aos Professores Sérgio Mattos e Klaus Koplín, muitíssimo obrigada pela ajuda e por todos os conselhos que me foram dados na Banca de Qualificação. A colaboração de vocês foi indispensável para o aperfeiçoamento deste trabalho!

Mãe, Pai e Karol, peço desculpas pela ausência. Ao mesmo tempo, agradeço infinitamente a presença de vocês neste trabalho, das formas mais peculiares possíveis: como quando não se importaram com a luz acesa durante todas as noites de estudo, por eu estar pedindo comida e bebida a todo o momento para não precisar levantar e me desconcentrar do trabalho, por manterem os nossos 11 cachorros calmos e quietos (na medida do possível) e, o mais importante, por entenderem este momento desafiador que foi para mim este Mestrado. Com muito amor, meu “muito obrigado”!

*“La contraddizione fondamentale che alberga nel cuore della cultura giuridica degli ultimi due secoli consiste appunto in questo: **il giudice non deve creare diritto, eppure non può non crearlo.**”*

MAURO BARBERIS

RESUMO

O presente trabalho apresenta duas visões a respeito da atividade jurisdicional no processo civil, que se reportam a duas possíveis teorias a respeito da Jurisdição. O objetivo da monografia é examinar a vinculação que as teorias acerca da interpretação do Direito têm com as diferentes formas de se conceber a atividade jurisdicional. Assim, de um lado, analisa-se a Teoria Declaratória da Jurisdição levando em conta a Teoria Cognitivista da Interpretação da Lei e, de outro lado, analisa-se a Teoria Reconstitutiva da Jurisdição em conjunto com a Teoria Cética Moderada da Interpretação. Ao fim de cada análise, demonstram-se as consequências prático-dogmáticas de se pensar a função jurisdicional dentro de tais perspectivas, centrando-se o exame nos aspectos do contraditório, da fundamentação das decisões judiciais e da jurisprudência ou do precedente.

Palavras-chaves: Jurisdição; Cognitivismo Interpretativo; Ceticismo Interpretativo; Interpretação da Lei.

RIASSUNTO

Il lavoro che segue esamina da due punti di riferimento diversi l'attività giurisdizionale nel processo civile, che si basano su due possibili teorie della Giurisdizione. Lo scopo della tesi è quello di esaminare il legame che le teorie che riguardano l'interpretazione giuridica hanno con i diversi modi di concepire l'attività giurisdizionale. Quindi, da una parte, si analizza la teoria dichiarativa della Giurisdizione tenendo in conto la teoria cognitivista dell'interpretazione del diritto; da altra parte, si analizza la teoria ricostruttiva della Giurisdizione insieme a la teoria scettica moderata dell'interpretazione. Al termine di ogni analisi, si dimostra le conseguenze pratiche e dogmatiche di pensare la funzione giurisdizionale in tali prospettive. L'esame si concentra sugli aspetti del contraddittorio, della motivazione delle sentenze e della giurisprudenza o del precedente.

Parole chiave: Giurisdizione; Cognitivismo interpretativo; Scetticismo interpretativo; Interpretazione della legge.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
PARTE I – O COGNITIVISMO INTERPRETATIVO E A JURISDIÇÃO COMO DECLARAÇÃO DA NORMA PREEEXISTENTE	12
1. O COGNITIVISMO INTERPRETATIVO E A LÓGICA-SILOGÍSTICA NO RACIOCÍNIO JUDICIAL NA CULTURA JURÍDICA DA EUROPA CONTINENTAL OITOCENTISTA E NOVECENTISTA	13
1.1 O COGNITIVISMO NA INTERPRETAÇÃO E O SILOGISMO NA APLICAÇÃO DO DIREITO	15
1.2 O PENSAMENTO JURÍDICO NA EUROPA CONTINENTAL OITOCENTISTA E NOVECENTISTA	17
1.2.1 O Movimento de Codificação e a Escola da Exegese.....	18
1.2.2 O <i>Volksgeist</i> da Escola Histórica do Direito	27
1.2.3 A ideia de sistema e a Jurisprudência dos Conceitos	34
2. A TEORIA DECLARATÓRIA DA JURISDIÇÃO	38
2.1 O COGNITIVISMO INTERPRETATIVO DE WACH	39
2.2 A JURISDIÇÃO COMO “ <i>ATUAÇÃO DA VONTADE CONCRETA DA LEI</i> ” PARA CHIOVENDA	42
2.3 OS EFEITOS PRÁTICOS DA <i>TEORIA DECLARATÓRIA DA JURISDIÇÃO</i> NO ÂMBITO DO PROCESSO CIVIL: O CONTRADITÓRIO, A FUNDAMENTAÇÃO E A JURISPRUDÊNCIA	49
2.3.1 O Contraditório	50
2.3.2 A Fundamentação	53
2.3.3 A Jurisprudência	55
PARTE II – O CETICISMO MODERADO INTERPRETATIVO E JURISDIÇÃO COMO RECONSTRUÇÃO DO SENTIDO DOS TEXTOS NORMATIVOS	57
1. A TEORIA CÉTICA MODERADA DA INTEPRETAÇÃO JURÍDICA E O RACIOCÍNIO JUDICIAL LÓGICO-ARGUMENTATIVO	59
1.1 A REAÇÃO AO COGNITIVISMO INTERPRETATIVO E À LÓGICA-SILOGÍSTICA	61
1.2 O REALISMO GENOVÊS E O CETICISMO MODERADO INTERPRETATIVO	72
1.2.1 O texto	76
1.2.2 A norma	82
1.2.2.1 <i>Espécies normativas</i>	85
1.2.2.1.1 <i>Princípios</i>	85
1.2.2.1.2 <i>Regras</i>	87
1.2.2.1.3 <i>Postulados</i>	88
2. AS PRIMEIRAS LINHAS PARA A <i>TEORIA RECONSTRUTIVISTA DA JURISDIÇÃO</i>.90	
2.1 A COMPREENSÃO DA JURISDIÇÃO COMO RECONSTRUÇÃO DO SENTIDO DOS TEXTOS NORMATIVOS	93
2.2 OS EFEITOS PRÁTICOS DA TEORIA RECONSTRUTISTA DA JURISDIÇÃO NO ÂMBITO DO PROCESSO CIVIL: O CONTRADITÓRIO, A FUNDAMENTAÇÃO E O PRECEDENTE	98
2.2.1 O Contraditório	99
2.2.2 A Fundamentação	103
2.2.3 O Precedente	108
CONSIDERAÇÕES FINAIS	111
BIBLIOGRAFIA	114

INTRODUÇÃO

Nos últimos séculos, o pensamento jurídico passou por profundas transformações no que toca à compreensão do direito. Igualmente, a disciplina do direito processual civil sofreu substancial mudança no que diz respeito aos seus fins e à sua estrutura.

Entretanto, parece que os estudos sobre a *jurisdição* – antigo polo metodológico do estudo da Teoria Geral do Processo – não evoluíram desde a época dos oitocentos e do início dos novecentos. Isto porque essa importante função do Estado tem seu espectro de investigação reduzida por parte dos processualistas, que a tratam como um mero instrumento de resolução de conflitos. Contudo, para além desta visão reducionista, a jurisdição ocupa importante lugar ao lado da *função legislativa* para a *criação e o desenvolvimento do direito*. É por esta razão que hoje se afirma que a decisão judicial – que é o produto da atividade jurisdicional – possui dois endereços diferentes: um para o *caso concreto* – quando proporciona a tutela do direito, mediante processo justo – e outro, para a *ordem jurídica* – consubstanciada na atividade destinada a orientar a sociedade por meio da *interpretação judicial*.

Diante deste contexto, esta pesquisa tem a pretensão de fugir do escopo de estudo da jurisdição como simples instrumento de resolução de controvérsias, para analisar *o papel que o juiz ocupa perante nossa ordem jurídica*, levando em consideração as *teorias da interpretação judicial*.

Nossa hipótese é a de que, no âmbito da *teoria do direito*, a concepção a respeito da *interpretação judicial* determina a ideia de *jurisdição* no contexto do *processo civil*.

Para cumprir com o objetivo traçado, trataremos da *interpretação judicial* em *sentido estrito*¹, isto é, apenas a interpretação dos *textos normativos*, deixando de lado a interpretação dos *elementos não textuais* de nossa ordem jurídica, por tratar-se de matéria extensa, que não seria aqui suficientemente analisada em razão do escopo mais restritivo a que este trabalho se propõe. Neste tocante, para dar apoio e sustentação às questões preponderantemente de *teoria do direito*, e não propriamente de *processo civil*, valer-nos-

¹ Neste sentido: GUASTINI, Riccardo. El Realismo Jurídico redefinido. *Revista Brasileira de Filosofia*. Ano 62, vol. 240, jan-jun/2013. p. 28.

ermos da doutrina da *Scuola di Genova*, mais especificamente das obras de GIOVANNI TARELLO, RICCARDO GUASTINI e PIERLUIGI CHIASSONI².

Além disto, considerando os dois percursos que a doutrina tem apontado para a construção do direito – *das fontes às normas, e das normas ao sistema* – preocupar-nos-ermos em demonstrar como o juiz percorre o *primeiro percurso*³, e como esta estrada leva à *reconstrução do ordenamento jurídico por meio da atividade jurisdicional*.

O trabalho está, portanto, dividido em duas partes para demonstração da nossa hipótese.

Na primeira, abordaremos a *teoria cognitivista da interpretação judicial* para representar a antiga ideia que tínhamos de *jurisdição como declaração da norma preexistente*, que pressupunha a redução do raciocínio judicial a uma operação *lógico-silogística*. A partir desta ideia, demonstraremos a repercussão desta visão de jurisdição sobre a compreensão de *três institutos básicos* do processo civil: o *contraditório*, a *fundamentação das decisões judiciais* e a *jurisprudência*.

Na segunda parte, será apresentada a *teoria cética moderada da interpretação judicial* para justificar a atual ideia de *jurisdição como reconstrução da ordem jurídica*, mediante a outorga de sentido aos textos normativos, em um raciocínio mais complexo que o lógico-silogístico, o *lógico-argumentativo*. Da mesma forma, será trabalhada a influência direta desta *nova* compreensão de jurisdição sobre o *contraditório*, a *fundamentação das decisões judiciais* e o *precedente*.

² Sem deixar de lado as obras dos demais juristas da *Scuola di Genova*: PAOLO COMANDUCCI, MAURO BARBERIS, SUSANNA POZZOLO, GIOVANNI BATTISTA RATTI e GIOVANNI DAMELE. A este respeito, ver: BARBERIS, Mauro. Genoa's Realism: a Guide for the Perplexed. *Revista Brasileira de Filosofia*. Ano 62, vol. 240, jan-jun/2013. p. 13-25.

³ Deixamos de tratar do segundo percurso (*das normas ao sistema*), porque implicaria a ampliação do objeto da pesquisa para abranger o problema concernente às lacunas do ordenamento jurídico. Problema este que é muito mais amplo do que o escopo do presente trabalho.

PARTE I – O COGNITIVISMO INTERPRETATIVO E A JURISDIÇÃO COMO DECLARAÇÃO DA NORMA PREEXISTENTE

“... nossos magistrados nem mesmo «decidem»; não possuem «poder decisório». O sistema conserva-se preso à ideia de que a função jurisdicional seja uma atividade meramente declaratória, resumida na proposição com que Chiovenda a compreendia, ao dizer que a missão dos juízes limitava-se a revelar a «vontade da lei», proclamando, conseqüentemente, sua «univocidade» de sentido.” Ovídio Baptista⁴

Atualmente, acerca da tradição do *civil law*⁵, afirma-se que o legislador é o responsável pela criação dos enunciados de lei e o juiz pela atribuição de sentido ao enunciado e pela conseqüente criação da norma jurídica, mediante a reconstrução do ordenamento jurídico e com respeito aos sentidos mínimos reconhecidos no material dado pelo legislador⁶. Ambos colaboram, portanto, de diferentes formas para o desenvolvimento do direito.

Essa constatação é fruto da evolução da ciência jurídica, principalmente no que diz respeito às teorias da interpretação. O estudo dessa evolução revela as diferentes fases e diferentes formas de encarar o direito, desde o seu surgimento até a sua aplicação. Na história de nosso sistema jurídico, marcado por um direito preponderantemente legislado – herança deixada pela *Era das Codificações*⁷ –, durante séculos depositou-se

⁴ Grifos são do autor. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 147.

⁵ Aqui não ignoramos a superação da separação dos sistemas processuais em tradições de “*common law*” e “*civil law*” conforme bem aponta MICHELE TARUFFO (TARUFFO, Michele. Observações sobre os Modelos Processuais de *civil law* e de *common law*. Tradução: José Carlos Barbosa Moreira. *REPRO*, vol. 110, Ano 28, abr–jun/ 2003, p. 141-158.). Neste mesmo sentido: CAPPELLETTI, Mauro. Il quadro civile italiano nel quadro della contrapposizione «*common law*» - «*civil law*». *Revista di Diritto Civile*, Anno IX, n.1, Gennaio-Febrario/1963, p. 31-64. Ainda, para uma visão geral destas duas tradições a partir da *teoria do direito*, ver: CHIASSONI, Pierluigi. A Tale from Two Traditions: *Civil-law, Common-law, and Legal Gaps*. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (eds.). *Analisi e Diritto*. Ricerche di giurisprudenza analitica. Torino: Giappichelli, 2006, p. 51–74.

⁶ Nesse sentido: GUASTINI, Riccardo. *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*. Torino: Giappichelli, 1995. p. 19.

⁷ JUDITH MARTINS-COSTA demonstra a ligação entre a codificação oitocentista e a formação de nosso direito privado, amplamente: MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. *Revista de informação legislativa*, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998. *Idem*: *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. Ver também: TARELLO, Giovanni. La codificazione moderna. In: *Storia della cultura giuridica moderna: Assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1976. p. 15-18.

confiança na função do legislador para criar o direito, pretendendo-se, para tanto, limitar a função do juiz à de mero aplicador da lei⁸.

A lei colocava-se, assim, como a garantia de segurança ao cidadão. Desta feita, acreditamos ser fundamental o estudo das teorias sobre a interpretação da lei, assim como a de sua história, que está estreitamente ligada à evolução da *ciência do direito*. Se é verdade que a adoção de uma determinada teoria do direito é capaz de gerar efeitos sobre a solução prática de problemas jurídicos⁹, então é imprescindível a revelação das teorias da interpretação que estiveram por trás dessas respectivas fases de nossa cultura jurídica, para evidenciarmos a sua influência sobre a função que a jurisdição ocupou nesse momento histórico.

Assim, analisaremos a origem e o desenvolvimento do *cognitivismo interpretativo* a partir da Escola da Exegese, passando pela Escola Histórica do Direito e pela Jurisprudência dos Conceitos. Em um segundo momento, demonstraremos que os fundamentos e dogmas do *cognitivismo interpretativo* eram o plano de fundo da *teoria declaratória da jurisdição*, tendo como marco teórico GIUSEPPE CHIOVENDA.

1. O COGNITIVISMO INTERPRETATIVO E A LÓGICA-SILOGÍSTICA NO RACIOCÍNIO JUDICIAL NA CULTURA JURÍDICA DA EUROPA CONTINENTAL OITOCENTISTA E NOVECENTISTA

Interpretar é atribuir sentido a um determinado objeto¹⁰.

⁸ Neste sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *STJ enquanto Corte de Precedente. Compreensão do Sistema Processual da Corte Suprema*. São Paulo: RT, 2013. p. 30-33.

⁹ LARENZ já afirmava: “*Toda e qualquer metodologia do Direito se funda numa teoria do Direito, ou quando menos implica-a. Ela exhibe necessariamente um duplo rosto – um que está voltado para a dogmática jurídica e para a aplicação prática dos seus métodos, outro que se volta para a Teoria do Direito.*” (Prefácio do *Metologia da Ciência do Direito*. Tradução da 6ª edição alemã reformulada: José Lamengo. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997. p. XXII.)

¹⁰ Definição por: TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980. p. 4; GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 4 e 13; CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007. P.143-144.

Assim, a interpretação da lei¹¹, para os juristas da *civil law*, é tema que está no centro de nossas atenções de forma mais significativa nos dias atuais do que já fora no passado¹².

Com base no *tipo* da atividade¹³ desempenhada pelo intérprete é possível distinguir, em linhas gerais, duas diferentes teorias sobre a interpretação¹⁴: a teoria *cognitivista* ou *formalista* da interpretação e, de outro lado, a teoria *cética*, *não cognitivista* ou *antiformalista* da interpretação¹⁵.

Se a *atividade* do intérprete consistir apenas em atos de *conhecimento* para o *descobrimento* do significado intrínseco e inequívoco do texto normativo, estaremos diante da primeira teoria. Já, por outro lado, se a atividade do intérprete também envolver atos de vontade para a escolha de um significado, dentre os vários possíveis que um texto normativo pode apresentar, estaremos tratando da segunda teoria¹⁶.

¹¹ Sobre o uso do vocábulo “interpretação da lei” ou “interpretação do Direito” ver as considerações traçadas por TARELLO em *L'Interpretazione della legge*. p. 5-11. Neste mesmo sentido, FRANCESCO VIOLA destaca a importância desta expressão: “*Si parla infatti d'interpretazione delle leggi, d'interpretazione dei fatti, d'interpretazione dei fini politici, dei valori, delle ideologie, e così via. Tuttavia nell'ambito della cultura giuridica dei nostri tempi v'è un campo privilegiato e assolutamente prevalente sugli altri ed è l'interpretazione della legge.*” (VIOLA, Francesco. *Orientamenti storici in tema di interpretazione della legge*. Palermo: Celup, 1975. p. 7.)

¹² Conforme constata VITTORIO VILLA: “*Interpretation is at the center of attention today, much more than in the past, in the most significant trends of contemporary legal theory (for instance, in analytical legal theory and in legal hermeneutics). It is true that it has Always been considered a necessary and prejudicial element for carrying out the “ordinary” activities of judges and jurists; in traditional legal theories, nevertheless, interpretation was considered by and large a “sector topic”, though one of decisive importance.*” (VILLA, Vittorio. *A Pragmatically Oriented Theory of Legal Interpretation*. *Revus* 12 - 2010. p. 89.)

¹³ A interpretação pode ser entendida tanto como uma *atividade* quanto como um *resultado*. Essa distinção é trabalhada por TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della legge*. p. 39, e por GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. p.13.

¹⁴ Nesse sentido HUMBERTO ÁVILA: “*O tipo de interpretação identifica a atividade desempenhada pelo intérprete (se descrição, decisão ou criação) e a teoria da interpretação esclarece o estatuto lógico da referida atividade (se conhecimento, vontade ou ambos)*” (ÁVILA, Humberto. *Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo*. *Revista Direito Tributário Atual*. São Paulo: Dialética, 2013. n. 29. p. 183-184.)

¹⁵ Quanto à teoria *cética*, *não cognitivista* ou *antiformalista*, esclarecemos deste logo que ela pode ser compreendida na sua faceta *moderada* ou *radical*. *Moderada*, quando compreende atos de conhecimento e de vontade na atividade desempenhada pelo intérprete. *Radical*, quando a atividade for traduzida apenas em atos de vontade. Aqui estamos fazendo referência à versão *moderada*. Entretanto, mais tarde trabalharemos as suas minúcias. Sobre este aspecto: GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. p. 408 e ss., e ÁVILA, Humberto. *Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo*. p. 184-185. Também: VILLA, Vittorio. *A Pragmatically Oriented Theory of Legal Interpretation*. *Revus* 12 - 2010. p. 102-103.

¹⁶ Essa distinção é feita com maiores detalhes por GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. p. 408 e ss., e utilizada especialmente no que toca ao discurso científico do direito por: ÁVILA,

Assim, importa neste momento do trabalho analisarmos as características e o desenvolvimento desta primeira teoria, o *cognitivismo* interpretativo¹⁷, na Europa continental oitocentista e, conseqüentemente, a lógica-silogística utilizada na aplicação do direito que estava por trás deste contexto cognitivista.

1.1 O COGNITIVISMO NA INTERPRETAÇÃO E O SILOGISMO NA APLICAÇÃO DO DIREITO

O cognitivismo interpretativo traduz a ideia de que a interpretação dos textos normativos é uma atividade *puramente cognoscitiva e lógico-dedutiva*¹⁸. Desta forma, nunca consistirá em atividade criativa, arbitrária, valorativa ou politicamente comprometida, apenas em uma atividade técnica¹⁹. Para esta teoria, o intérprete averiguaria o *significado objetivo* do texto normativo, ou a *intenção subjetiva de seus autores*²⁰.

Essa teoria está baseada na crença de que o texto normativo possui um significado *intrínseco, previamente dado* pela autoridade normativa que o editou, o legislador. Assim, a tarefa do intérprete consistira em reconhecer o seu significado,

Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. p. 184-ss.

¹⁷ Acompanhamos CHIASSONI em sua preferência pela expressão “*cognitivismo*” no lugar de “*formalismo*”: “(...)il *cognitivismo interpretativo* – locuzione preferibile per la sua trasparenza alla più comune, ma opaca, espressione *formalismo interpretativo* (...)” (CHIASSONI, Pierluigi. *L'indirizzo Analitico nella Filosofia del Diritto: I. da Bentham a Kelsen*. Torino: G. Giappichelli, 2009. p. 232.) Uma razão pela qual concordamos com CHIASSONI é a ambiguidade que o termo “interpretação formalista” pode trazer, significando posturas interpretativas distintas, ou até mesmo opostas. Nas palavras de GUASTINI: “*Por um lado, diz-se às vezes formalista aquele tipo de interpretação que se atém a letra dos documentos normativos, ou seja, ao seu significado mais imediato (...). É formalista, neste sentido, a postura de fidelidade à lei. (...) Por outro lado, diz-se às vezes formalista aquele tipo de interpretação que, longe de firmar-se no sentido literal mais imediato dos documentos normativos, atribui a este um significado “sistemático”, isto é, um significado distante do literal e condicional por complexas superestruturas dogmáticas construídas pelo próprio intérprete. É formalista, neste sentido, a postura de quem não é, de modo algum, fiel à lei, mas, ao contrário, a manipula de maneira vivaz.*” (GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 156.)

¹⁸ Conforme: CHIASSONI, Pierluigi. *L'indirizzo Analitico nella Filosofia del Diritto: I. da Bentham a Kelsen*. Torino: G. Giappichelli, 2009. p. 232; GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 139; VIOLA, Francesco. *Orientamenti storici in tema di interpretazione della legge*. p. 63.

¹⁹ CHIASSONI, Pierluigi. *L'indirizzo Analitico nella Filosofia del Diritto: I. da Bentham a Kelsen*. p. 232.

²⁰ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução: Edson Bini. p. 139

mediante a verificação da relação entre palavras e realidade, ou pela identificação da “vontade” unívoca do legislador²¹.

Em outras palavras, interpretar para o *cognitivismo* não passa de simples *descoberta*²² (i) do significado objetivo do texto, ou, (ii) da vontade subjetiva do legislador, pressupondo, em ambas as hipóteses, a existência de um sentido unívoco e preexistente, *suscetível de conhecimento* no sentido de ser *imediate* e diretamente *apreensível de conhecimento* pelo intérprete, sem qualquer intermediação de *processos discursivos*²³, como se existisse apenas uma interpretação correta²⁴.

Pressuposto da cognitivista é a premissa de que todo o sistema jurídico seria necessariamente (i) completo, sem lacunas; e, (ii) coerente, sem antinomias. Dessa forma, ambas – a teoria e a sua premissa – colaboraram para o mito de que para o juiz não sobraria espaço para discricionariedades em suas decisões, já que elas seriam integralmente determinadas pela norma preexistente²⁵. Nesse contexto, a interpretação reproduziria o conteúdo literal da lei²⁶.

Não por acaso, o *cognitivismo* interpretativo tem o seu cordão umbilical ligado à doutrina *iluminista da separação dos poderes*²⁷. A equivocidade dos textos

²¹ A base em que está apoiado o *cognitivismo interpretativo* é dita como falaciosa pela doutrina, conforme: “*Esse modo de ver baseia-se em suposições falaciosas, ou na crença de que as palavras incorporam significado próprio, intrínseco, dependendo não do uso das próprias palavras, mas da relação «natural» entre palavras e realidade – ou na crença de que as autoridades normativas (que comumente, no mundo moderno, são órgãos corporativos e, adicionalmente, internamente conflitantes) tenham uma vontade unívoca e reconhecível como os humanos.*” (GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. p. 139.)

²² GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. p. 409-410; VILLA, Vittorio. A Pragmatically Oriented Theory of Legal Interpretation. *Revus* 12 - 2010. p. 102.

²³ Neste sentido: ÁVILA, Humberto. *Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo* p. 194; GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. p. 409-410. GUASTINI, Riccardo. *Due esercizi di non cognitivismo*. In: P. Comanducci, R. Guastini (eds.). *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Torino: Giappichelli, 1999, pp. 277-280.

²⁴ Novamente: GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. p. 139.

²⁵ Assim destaca: VIOLA, Francesco. *Orientamenti storici in tema di interpretazione della legge..* p. 61.

²⁶ Era o princípio da fidelidade do intérprete à lei. É o que ensina: VIOLA, Francesco. *Orientamenti storici in tema di interpretazione della legge*. p. 62-63.

²⁷ Aqui fazemos referência ao Iluminismo, tendo por base a referência trazida por: GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. p. 409; GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. p. 140; VILLA, Vittorio. A Pragmatically Oriented Theory of Legal Interpretation. *Revus* 12 - 2010. p. 93.

normativos e a vagueza dos predicados não são problemas conhecidos por esta teoria²⁸, na medida em que o juiz seria a *boca da lei*, e a jurisdição não passaria de um poder nulo²⁹.

Devido à forma de apreensão do direito, a atividade jurisdicional estaria, assim, resumida na simples aplicação da norma já criada pelo legislador³⁰, mediante um raciocínio lógico-silogístico³¹. Bastaria a identificação da premissa maior (o sentido preexistente da lei) e da premissa menor (situação de fato do caso concreto) para se alcançar uma conclusão lógica (decisão judicial)³². Dessa forma, a motivação da decisão judicial constituía mera demonstração do raciocínio lógico-silogístico realizado pelo juiz³³.

Nossa hipótese é que o *cognitivismo*, no âmbito das teorias da interpretação, e a *lógica-silogística*, no âmbito do raciocínio judicial, são as duas características que marcaram a atividade jurisdicional contemporânea aos oitocentos e início dos novecentos. O estudo da cultura jurídica desta época esclarecerá, assim, como se desenvolveu e se firmou o *cognitivismo* e a teoria lógico-silogística para as atividades de interpretação e de aplicação do direito.

1.2 O PENSAMENTO JURÍDICO NA EUROPA CONTINENTAL OITOCENTISTA E NOVECENTISTA

Um dos legados deixado pela cultura jurídica oitocentista é, justamente, o *cognitivismo jurídico*, cujo modelo nos foi deixado pela Escola da Exegese e pela Escola

²⁸ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. p. 410.

²⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Livro Décimo Primeiro, VI, p. 171-172.

³⁰ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. p. 140.

³¹ MICHELE TARUFFO assim constata: “*In effetti, la dottrina del sillogismo giudiziale, più che descrivere il giudizio, costruisce un modello astratto e ideale di giudizio: viene prospettata una situazione in cui la norma è un dato preesistente, in ordinamento positivo completo e sistematizzato, la cui interpretazione in vista dell’applicazione al caso concreto consiste in un’attività essenzialmente conoscitiva a caratte sistematico. Si presuppone inoltre un’attività di questo genere sia in ogni caso necessaria e sufficiente, senza che debbano intervenire operazioni ed apprezzamenti non riducibili entro il modulo del polisilogismo.*” (TARUFFO, Michele. *La Motivazione della Sentenza Civile*. Padova: Cedam, 1975. p. 163-164.)

³² VIOLA, Francesco. *Orientamenti storici in tema di interpretazione della legge*. p. 64.

³³ Amplamente: TARUFFO, Michele. *La Motivazione della Sentenza Civile*. p. 149-206; e, CHIASSONI, Pierluigi. Notas para un análisis silogístico del discurso judicial. *Doxa*, vol. 20, 1997, p. 53-90.

História do Direito, assim como a Jurisprudência dos Conceitos. Passemos à análise de cada uma dessas escolas do pensamento jurídico³⁴.

Frise-se que estas escolas do pensamento jurídico foram o primeiro passo para o posterior desenvolvimento do positivismo jurídico³⁵, que carregava a ideia de uma *ciência da legislação positiva*, a qual concentrava o poder de produção do direito no âmbito legislativo. Por esta razão a denominação *Estado Legislativo*. Neste modelo de Estado, o direito é aquilo que a lei dispõe, sendo o juiz um agente a serviço da lei, cuja atividade é reduzida à simples exegese do texto e à descoberta da vontade do legislador³⁶.

Esta vocação da ciência do direito para a legislação é a característica típica do positivismo acrítico dos oitocentos, que em muito se distanciava da representação da realidade, no que toca à questão relativa ao desenvolvimento do direito na prática, por meio da atividade jurisdicional³⁷.

1.2.1 O Movimento de Codificação e a Escola da Exegese

O pensamento iluminista do início do sec. XIX irradiou-se para o mundo jurídico por meio da Escola da Exegese (*École de l'Exégèse*), termo utilizado para denominar a corrente de pensamento nascida na França que teve por característica identificar o direito como um conjunto de enunciados textuais dispostos sistematicamente em códigos³⁸, em especial o *Code Civil*³⁹. Os seguidores desta Escola tinham que os códigos – ou estatutos – eram a única fonte do direito, e que a sua interpretação – ou

³⁴ CHIASSONI, Pierluigi. *L'indirizzo Analitico nella Filosofia del Diritto: I. da Bentham a Kelsen*. p. 232.

³⁵ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. p 20 e ss.

³⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi, 1992. p 38

³⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. p 39

³⁸ VIOLA, Francesco. *Orientamenti storici in tema di interpretazione della legge*. Palermo: Celup, 1975. p. 51 e ss.

³⁹ NEVES, António Castanheira. *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 181

exegese⁴⁰ – deveria limitar-se a ser “passiva e mecânica”, isto é, literal⁴¹. O estudo do pensamento jurídico característico da Escola da Exegese só pode ser feito se tivermos presentes alguns dos seus pressupostos culturais e históricos imediatamente anteriores e imediatamente posteriores à Revolução Francesa de 1789⁴². Foi justamente neste contexto cultural que a Escola da Exegese se desenvolveu, em meados de 1804.

No *Ancien Régime*, o juiz tinha o papel de desenvolver o direito, muitas vezes transformando-se em verdadeiro legislador⁴³. Isso era visto com preocupação pelos cidadãos, em razão da existência de decisões arbitrárias e imprevisíveis, de modo que alguns até sustentavam a necessidade de abolição do processo jurídico formal⁴⁴.

Com o fim de reduzir as arbitrariedades das decisões judiciais deixou-se para trás o comércio dos cargos de juízes. E, para consolidar os códigos como sendo as únicas fontes do direito, pretendeu-se reduzir o papel do juiz ao de um agente passivo, como a boca da lei ou, nas palavras de MONTESQUIEU, “*juge bouche de la loi*”⁴⁵. Para garantir que os juízes apenas utilizassem a lei estatal, passou-se a exigir deles que fundamentassem as suas decisões, apresentando os motivos de fato e a base legal de seus julgamentos, por meio da demonstração do raciocínio silogístico que fora realizado para a tomada da decisão.

A Revolução Francesa consistiu em uma reação ao *Ancien Régime*, no qual a lei era desigual para os franceses, havendo benefícios fiscais e políticos para a nobreza e o clero. Além disso, havia intervenções arbitrárias e imprevisíveis do Monarca, de modo a restringir a liberdade e a propriedade dos cidadãos. A participação popular nos assuntos políticos do Estado não existia no *Ancien Régime*. A burguesia, classe ascendente da época, clamava por *liberdade e igualdade*. Nesse contexto, o Iluminismo representou à burguesia

⁴⁰ CANEGEM esclarece que essa expressão “exegese” era utilizada para a interpretação bíblica, que por sua vez, deveria corresponder exatamente aos textos escritos pelos profetas, conforme: CAENEGEM, Raoul Charles Van. *Uma introdução histórica ao Direito privado*. p. 198..

⁴¹ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. Tradução: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995. p. 78.

⁴² É o que observa NEVES, António Castanheira. *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 181.

⁴³ CAENEGEM, Raoul Charles Van. *Uma introdução histórica ao Direito privado*. p. 180.

⁴⁴ CAENEGEM, Raoul Charles Van. *Uma introdução histórica ao Direito privado*. p. 180.

⁴⁵ CAENEGEM, Raoul Charles Van. *Uma introdução histórica ao Direito privado*. p. 182.

a esperança, vez que por meio dele a ciência e a lógica fundamentariam um novo método para o desenvolvimento de todo o conhecimento na Europa⁴⁶.

Existiam razões políticas⁴⁷, econômicas e intelectuais que justificaram o movimento de codificação que se alastrou pela Europa no início do sec. XIX. Entre as razões políticas, estava a visão dos próprios soberanos de que a promulgação de códigos nacionais consistiria em importante componente para as suas políticas de unificação. Divulgava-se a expressão: “um Estado, um código” como propaganda destas políticas⁴⁸. Os códigos modernos também eram capazes de responder às necessidades econômicas da burguesia empreendedora, que passou, gradativamente, a conquistar maior liberdade para o desenvolvimento do comércio, mediante a abolição das barreiras feudais⁴⁹. A filosofia do Iluminismo foi um dos fatores intelectuais que contribuíram para o avanço do movimento de codificação, já que com ela houve uma rejeição aos dogmas e tradições anteriormente postos à sociedade da época⁵⁰.

Os códigos eram produzidos justamente para assegurarem a certeza e a clareza do direito⁵¹, sendo que esta desejável certeza só poderia ser alcançada se existisse um corpo estável de leis intangíveis pelos juízes⁵². Essa exigência naturalmente negou ao juiz qualquer “*contribuição criativa na interpretação da lei, limitando-o simplesmente a tornar explícito através de um procedimento lógico (silogismo), aquilo que já estava implicitamente estabelecido na lei*”⁵³. O próprio termo “interpretação”, aponta VIOLA, já era concebido como uma atividade criativa do direito⁵⁴, por esta razão afirmava-se que era vedado ao juiz interpretar a lei, mas tão somente declará-la.

Neste período, alastraram-se pela Europa movimentos codificadores: era a fase dos códigos do Iluminismo⁵⁵. A ideia de codificação era fruto da cultura racionalista inspirada pelo século das luzes, que pressupunha a existência de um legislador universal

⁴⁶ CAENEGEM, Raoul Charles Van. *Uma introdução histórica ao Direito privado*. p. 162.

⁴⁷ Ver: TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna: Assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1976. p. 21.

⁴⁸ CAENEGEM, Raoul Charles Van. *Uma introdução histórica ao Direito privado*. p. 177.

⁴⁹ CAENEGEM, Raoul Charles Van. *Uma introdução histórica ao Direito privado*. p. 177.

⁵⁰ CAENEGEM, Raoul Charles Van. *Uma introdução histórica ao Direito privado*. p. 178.

⁵¹ CAENEGEM, Raoul Charles Van. *Uma introdução histórica ao Direito privado*. p. 182-183.

⁵² BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. p. 80.

⁵³ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. p. 80.

⁵⁴ VIOLA, Francesco. *Orientamenti storici in tema di interpretazione della legge*. p. 51.

⁵⁵ CAENEGEM, Raoul Charles Van. *Uma introdução histórica ao Direito privado*. p. 170-175.

que seria capaz de prever e criar um conjunto de leis válidas para todos os tempos e lugares⁵⁶.

A concepção racionalista repelia a multiplicidade de fontes do direito, que era apontada como fruto da corrupção de seus criadores⁵⁷, tornando-o, ao mesmo tempo, complicado e de difícil acesso por todos. Essa ideia é bem demonstrada por BOBBIO quando se refere uma passagem de *Saint-Just*, revolucionário e político contemporâneo da Revolução Francesa:

As longas leis são calamidades públicas. A monarquia se afogava nas leis; e visto que todas as paixões e vontades dos senhores se tornavam leis, não havia mais entendimento.

São necessárias poucas leis. Onde elas são muitas, o povo é escravo (...).

Aquele que dá ao povo demasiadas leis é um tirano.⁵⁸

A codificação foi, assim, uma forma de superação do *particularismo jurídico*, deixando para trás a falta de unidade e de coerência do direito antes disposto em leis e regulamentos esparsos dentro de um mesmo espaço de tempo⁵⁹. A unificação e a racionalização do sistema jurídico, portanto, eram consequências da política centralizadora do absolutismo do *Ancien Régime*⁶⁰. Era necessária a substituição das antigas e numerosas

⁵⁶ Conforme observa CASTANHEIRA NEVES: “Pois a ‘ideia de código’, no seu sentido cultural e juridicamente específico implicava que um código não fosse mera coletânea de leis, mas um corpus legislativo que se propunha, de modo racional, sistemático e unitário, a regulamentação total e exclusiva, e mesmo idealmente definitiva de um certo domínio jurídico. (...) Só porque a normatividade jurídica se concebia em termos puramente racionais abstratos e a esgotar-se nesse plano era, na verdade, lícito pensar-se que as regras gerais e abstratas da lei bastariam em si e por si às exigências da vida prático-social, não obstante a sua concreta historicidade.” (NEVES, António Castanheira. *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 185.)

⁵⁷ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. p. 66.

⁵⁸ Citação utilizada por BOBBIO (*O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. p. 66) de SAINT-JUST. *Fragments das instituições republicanas*, Edições Einaudi, p.45 - Disponível no site da *Université du Québec à Chicoutimi* através do link: http://classiques.uqac.ca/classiques/saint_just/fragments/fragments_institu_republ.pdf acessado em: 07 de janeiro de 2014.

⁵⁹ Sobre o *particularismo jurídico*: TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna: Assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1976. p. 28-34

⁶⁰ Ver: TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna: Assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1976. p. 47-49.

fontes por uma fonte que garantisse que o direito fosse simples e unitário. A simplicidade⁶¹ e a unidade do direito eram a ideia de fundo deste movimento codificador⁶².

Quando estabelecido um novo regime e promulgado o *Code civil des Français*⁶³, acalmou-se a intensa agitação social que a precedia⁶⁴. Revogou-se o direito anteriormente vigente, em especial o direito costumeiro e o direito romano herdado, e, igualmente, incorporaram-se as ideologias revolucionárias com a proibição da elaboração de comentários e interpretações doutrinários sobre os códigos, na crença de que os códigos eram claros e autossuficientes⁶⁵. Por esse motivo, os comentários seriam ou mera reprodução, ou interferência ilegítima no direito, ou melhor, na atividade do legislador. Isso motivava o interesse em que a linguagem fosse ser clara e acessível a todos, o que não poderia ser obscurecido por teorizações doutrinárias⁶⁶.

A partir de então, o direito passou a ser visto como emanção do legislador, que era o único representante legítimo do povo soberano. Os comentários e as interpretações doutrinárias não poderiam ser considerados como fontes do direito, tanto é que, durante a Revolução Francesa, diversas Faculdades de direito foram fechadas, e, apenas anos depois reinauguradas, com ensino jurídico revigorado pelas ideias do Iluminismo com a introdução de método de ensino diverso daquele do *Ancien Régime*⁶⁷.

Durante este período, os costumes – que na história do direito já haviam sido considerados sua fonte mais importante, e expressão mais nítida – foram reduzidos a um

⁶¹ TARELLO esclarece que a simplificação do Direito para a burguesia, também compreendia a introdução de critérios econômicos na formulação das regras de Direito (exigência econômica), conforme: TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna: Assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1976. p. 35-41.

⁶² BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. p. 65.

⁶³ Também chamado por *Code Napoléon*, foi causa e influência direta para os códigos que vieram a ser editados após a sua promulgação, inclusive o *Codice Civile italiano* de 1865. Nesse sentido: TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna: Assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1976. p. 25.

⁶⁴ CAENEGEM, Raoul Charles Van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. p. 207.

⁶⁵ CAENEGEM, Raoul Charles Van. *Uma introdução histórica ao Direito privado*. p. 1-2.

⁶⁶ CAENEGEM, Raoul Charles Van. *Uma introdução histórica ao Direito privado*. p. 11-12.

⁶⁷ CAENEGEM, Raoul Charles Van. *Uma introdução histórica ao Direito privado*. p. 207.

papel residual e marginal. A lei, em cujo conceito lato se inseriam os códigos, era a única expressão do direito⁶⁸. Não existia outro direito, senão aquele que estivesse nos códigos⁶⁹.

Afinal, a lei era produto exclusivo da atividade do legislador. E não poderia ser diferente, pois o fundamento ideológico do pensamento racionalista que inspirou o movimento codificador foi a doutrina da rígida separação dos poderes⁷⁰. Assim, o direito era identificado como a lei – produto do legislador – e ao juiz cabia a tarefa de verificar os fatos dos quais decorreriam as consequências jurídicas previstas na lei⁷¹. Identificado o caso correspondente à precisão legal, ao do juiz cabia a missão de declarar o direito e aplicá-lo ao caso concreto. É por isso que podemos afirmar que a *separação dos poderes* significa que há somente um poder, o legislativo. Isso porque o direito, como expressão da vontade do povo, só poderia se manifestar nos textos editados pelo poder legislativo. De outro lado, estava o poder judiciário, cuja tarefa era a de *dizer* o direito. Segundo esta concepção, o juiz limitava-se a aplicar o direito que lhe era dado pelo legislador. A passividade do juiz satisfazia a necessidade de segurança jurídica, na medida em que o direito era um dado que deveria poder ser conhecido por todos⁷².

Em síntese, o papel do juiz foi deliberadamente limitado e reduzido ao de mero aplicador da lei, já que, caso contrário, todos os esforços para a codificação do direito haveriam sido em vão. Acreditava-se no dogma da completude⁷³ e suficiência dos códigos,

⁶⁸ Nesse sentido PERELMAN afirma: “Esta escola pretendia realizar o objetivo que se propuseram os homens da Revolução, reduzir o Direito à lei, de modo mais particular, o Direito civil ao Código Napoleão.” (PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: Nova Retórica*. Tradução: Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 31.)

⁶⁹ Assevera CASTANHEIRA NEVES: “Desde logo, o que era direta expressão do legalismo pressuposto e que se enunciava na identificação do direito como a lei: o direito manifestar-se-ia unicamente nas leis e não haveria outro direito além daquele que as leis prescrevessem.” (NEVES, António Castanheira. *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 183.)

⁷⁰ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. p. 79.

⁷¹ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: Nova Retórica*. Tradução: Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 32.

⁷² PERELMAN, Chaïm. *Droit, logique et épistémologie*. In: *Le Droit, les sciences humaines et la philosophie*. Paris: Vrin, 1973. p. 227-228.

⁷³ Ver também: VIOLA, Francesco. *Orientamenti storici in tema di interpretazione della legge*. p. 47.

imaginando-se que o legislador seria onipotente⁷⁴ e onisciente⁷⁵, único capaz de solucionar juridicamente os problemas possíveis de ocorrer no mundo dos fatos. Os códigos seriam sistemas completos e fechados, sem espaço para lacunas⁷⁶. A sua completude e coerência tinham como pressuposto a ausência de qualquer vagueza, lacunosidade ou ambiguidade dos enunciados textuais da lei⁷⁷.

O método de identificar o direito consagrado pela Escola da Exegese estava voltado para a descoberta da *vontade do legislador*⁷⁸. Dessa forma, o produto da *interpretação judicial*⁷⁹ só poderia consistir em uma resposta correta⁸⁰, que era identificada como a que correspondesse à intenção do legislador quando criou o enunciado textual.

A doutrina do silogismo judicial tinha como pressuposto a norma como um dado preexistente, pertencente a um ordenamento jurídico positivo completo e sistematizado em um código, cuja interpretação para sua aplicação não passaria de uma atividade meramente cognitiva⁸¹.

De acordo com CASTANHEIRA NEVES, podemos dizer que existiam três dogmas intrínsecos à Escola da Exegese: (i) o primeiro era a identificação do direito com a lei, (ii) o segundo consistia na utilização da lei como critério único e exclusivo para tomada da decisão pelo juiz, e (iii) o terceiro, era a conclusão de que a lei, ou melhor, os códigos, eram suficientes para dar solução a todos os casos jurídicos⁸². A partir desses dogmas (que eram decorrentes do próprio movimento de codificação, pressupunha-se o

⁷⁴ Expressão utilizada em razão de o legislador ter o monopólio do poder de criação do Direito. Nesse sentido: BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. p. 86; e, também: VIOLA, Francesco. *Orientamenti storici in tema di interpretazione della legge*. p. 42 e 52.

⁷⁵ Pois somente sabendo de tudo poderia elaborar as hipóteses fáticas da lei. Sobre este tema, interessante artigo de TORRES, Ana Paula Repolês. A Onipotência do Legislador e o giro Hermenêutico-Filosófico. *Intuitio*, v.2, n.3, p.12-29, dez. 2009. Disponível em:

<<http://revistaseletronicas.pucrs.br/face/ojs/index.php/intuitio/article/view/5988>>. Acesso em: 08 Jan. 2015.

⁷⁶ Judith Martins-Costa. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. p. 170.

⁷⁷ Judith Martins-Costa. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. p. 195; PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: Nova Retórica*. p. 33-34.

⁷⁸ VIOLA, Francesco. *Orientamenti storici in tema di interpretazione della legge*. p. 54.

⁷⁹ Utilizamos aqui a expressão “interpretação judicial” tal como é utilizada na linguagem atual, como sendo a atividade de atribuição de sentido a um determinado objeto. Não obstante, já foi realizada a observação no presente trabalho, de que, neste paradigma, o juiz apenas declara a norma preexistente.

⁸⁰ VIOLA, Francesco. *Orientamenti storici in tema di interpretazione della legge*. p. 54.

⁸¹ TARUFFO, Michele. *La Motivazione della Sentenza Civile*. p.163.

⁸² NEVES, António Castanheira. *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*. p. 183-186.

cognitivismo interpretativo e a *lógica-silogística* no raciocínio judicial: se é verdade que o direito é a lei (concebida como manifestação escrita da vontade do Estado), então a interpretação só pode consistir em uma atividade de descoberta da *vontade do legislador*⁸³.

O método interpretativo autorizado ao juiz era aquele lógico-dedutivo, que se realizava mediante a “*explicitação hermenêutica de imperativas proposições textuais a articular numa conexão sistemática, e tudo mediante operações lógico-conceituais de determinação significativa*”⁸⁴. Por isso, dizia-se que, se era lógico-dedutiva a hermenêutica, era ainda lógico-dedutivo o esquema de aplicação da lei – a norma legal interpretada seria a premissa maior de um silogismo em que os fatos (o caso decidindo) seriam a premissa menor e com elas se obteria a decisão como conclusão. “Era o esquema do ‘silogismo judiciário’ – o jurista era um geômetra e o juiz ‘instrumento passivo da vontade legislativa’.”⁸⁵

O método de aplicação dessa *vontade da lei* é mediante operação silogística⁸⁶, que pressupõe a suficiência de um raciocínio puramente lógico para aplicação da lei, de forma mecânica, para solução de qualquer controvérsia jurídica⁸⁷. Para chegar à decisão, o juiz constrói o seguinte raciocínio lógico: (i) adota como premissa maior o dispositivo de lei que será aplicado ao caso; (ii) adota como premissa menor os fatos que envolvem a controvérsia; e, em um último momento (iii) subsume o caso em concreto à hipótese da lei e, automaticamente, chega a uma conclusão que será a decisão do caso⁸⁸. Diante desta perspectiva, nos dias atuais, poder-se-ia sugerir que “*um computador seria mais eficiente que um juiz*”⁸⁹ para a aplicação do direito.

Como a lei era tida como o único critério possível de ser levado em conta pelo juiz ao decidir⁹⁰, o raciocínio silogístico era não apenas necessário, mas suficiente

⁸³ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. p 87.

⁸⁴ NEVES, António Castanheira. *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*. p. 188.

⁸⁵ NEVES, António Castanheira. *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*. p. 189.

⁸⁶ TARUFFO, Michele. *La Motivazione della Sentenza Civile*. p. 163; BOBBIO, BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. p.80. VIOLA, Francesco. *Orientamenti storici in tema di interpretazione della legge*. p. 64.

⁸⁷ VIOLA, Francesco. *Orientamenti storici in tema di interpretazione della legge*. p. 64

⁸⁸ PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica: Nova Retórica*. p. 33.

⁸⁹ VIOLA, Francesco. *Orientamenti storici in tema di interpretazione della legge*. p. 64.

⁹⁰ CASTANHEIRA NEVES entende que um dos postulados da Escola da Exegese é o da exclusividade da lei como critério jurídico. Nesse sentido: “(...) considerava ainda que tão-só no conteúdo normativo

para a aplicação da lei aos casos nela previstos, prescindindo de qualquer outra operação ou de alguma valoração para que o juiz alcançasse a decisão do caso⁹¹.

A legislação foi elevada ao patamar de ciência⁹². Em verdade, no clima da codificação napoleônica e da Escola da Exegese não havia quase nenhuma diferença entre interpretação e ciência jurídica⁹³. Isso porque o juiz era tido como uma máquina⁹⁴ de declarar⁹⁵ e aplicar o direito ao caso concreto. Pensava-se que, com isso, o juiz passaria apenas a realizar operações de natureza impessoal, o que lhe permitia pesar as pretensões das partes de forma imparcial, desprovido de qualquer paixão, temor, ódio ou piedade, na medida em que ele estava subordinado à lei. Isso era a garantia para a realização da justiça, pois o direito necessitava ser aplicado sem que o juiz estivesse autorizado a pensar sobre as consequências da sua atividade: estava assim, de olhos vendados. De certa forma, existia uma tentativa de aproximar o direito de um cálculo, ou de uma forma de pesagem, objetivando a precisão e a certeza, que antes haviam sido corrompidas no *Ancien Régime*⁹⁶.

Em resumo, a atividade do juiz consistia em três tarefas: (i) dizer o direito – declarar a norma preexistente dada pelo legislador, mediante a descoberta da vontade subjetiva do autor da lei; (ii) verificar os fatos do caso concreto que correspondem à previsão normativa; e, por último (iii) aplicar o direito ao caso.

O juiz era visto como um agente passivo em relação à ordem jurídica: dentre as três tarefas que a ele cabiam (dizer o direito, verificar fatos e aplicar o direito) nenhuma

oferecido pela lei se teriam critérios dos decisórios juízos jurídicos.” (NEVES, António Castanheira. *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*. p. 184.)

⁹¹ TARUFFO, Michele. *La Motivazione della Sentenza Civile*. p.165.

⁹² CAENEGEM, Raoul Charles Van. *Uma introdução histórica ao Direito privado*. p. 172.

⁹³ Enquanto a interpretação correspondia à descoberta do significado dos dispositivos textuais, a ciência jurídica identificava os princípios reguladores de determinada matéria jurídica. Entre as duas havia, portanto, uma diferença de graus, mas não de qualidade, pois ambas eram voltadas para a atividade de descoberta da vontade do legislador. A ciência do Direito era, assim, a ciência das leis codificadas. Era uma ciência voltada para a descrição das normas do Direito, que eram dadas pelo legislador da lei, e dispostas em códigos. Nesse sentido: VIOLA, Francesco. *Orientamenti storici in tema di interpretazione della legge*. p. 55.

⁹⁴ Mais especificamente, VIOLA faz referência à expressão “máquina de calcular”, para tanto, ver: VIOLA, Francesco. *Orientamenti storici in tema di interpretazione della legge*. p. 64.

⁹⁵ GUASTINI refere que o juiz era aquilo que Montesquieu já dizia: “a boca da lei que pronuncia as suas palavras”, isso estava assentado na ideia de que o sentido da norma partia do Parlamento, e não da boca do juiz.” (tradução nossa) Nesse sentido: *Interpretare e Argomentare*. p. 411 e 412.

⁹⁶ PERELMAN, Chaïm. *Droit, logique et épistémologie*. In: *Le Droit, les sciences humaines et la philosophie*. Paris: Vrin, 1973. p. 227-228; PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: Nova Retórica*. p. 32-33.

delas possuía caráter criativo ou reconstrutivo. Muito pelo contrário, o juiz por ser um dos vilões do *Ancien Régime*⁹⁷, não era autorizado a desempenhar qualquer papel criativo para a ordem jurídica na época da Escola da Exegese⁹⁸. Este papel só poderia ser desenvolvido pelo legislador, o representante legítimo do povo.

O decisivo para essa etapa do trabalho é registrar que a Escola da Exegese teve como característica o *cognitivismo* interpretativo⁹⁹, que consistia na extração dos significados literais dos códigos da era do Iluminismo, de forma mecânica e passiva. O direito era, portanto, a lei, sendo a atividade do juiz reduzida, no campo da interpretação, à descoberta da *vontade do legislador* e, no campo da aplicação, ao raciocínio silogista.

1.2.2 O *Volksgeist* da Escola Histórica do Direito

O movimento codificador, característico da Escola da Exegese, não atingiu a Alemanha no início dos oitocentos. A provável explicação para isso pode ser encontrada na situação política por que este país passava no período: a Alemanha estava fracionada em diversos Estados-Membros quando deflagrada a Revolução Francesa (1789) e, também, quando promulgado o *Code civile* (1804)¹⁰⁰. Faltava uma unidade nacional, e as invasões napoleônicas acabaram por causar um sentimento “antifrancês” no povo alemão, o que justificava a inexistência de simpatia e receptividade pela codificação e pelas demais ideias que a *École de l'Exégèse* trazia. Vigia, portanto, o direito romano de Justiniano em conjunto com elementos da legislação bárbara, em uma Alemanha fracionada e permeada por estruturas feudais. Em termos culturais, a desejável racionalização da sociedade

⁹⁷ Sobre este aspecto: CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do Poder judiciário na sociedade contemporânea. *REPRO*, v. I 5, n. 60, dez. 1990, p. 110-117.

⁹⁸ É sobre este aspecto que Ovídio Baptista se referia quando falava do “*Paradigma Racionalista*.” Amplamente: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 57-132.

⁹⁹ Já destacava GUASTINI: “*È quella teoria dell'interpretazione caratteristica dei giuristi ottocenteschi: della Scuola dell'esegesi, così come della Scuola storica.*” (GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. p. 409, nota nº 6.)

¹⁰⁰ Constatação feita por: BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. p. 121; e, também por: CAENEGEM, Raoul Charles Van. *Uma introdução histórica ao Direito privado*. p. 218.

desejada pelos iluministas ainda não havia sido implementada; antes, era necessária uma reestruturação social e econômica naquele país¹⁰¹.

A unificação da Alemanha ocorreu anos depois, somente em 1871, quando já havia se instaurado uma nova escola de pensamento desde meados do séc. XVIII, a chamada de Escola Histórica do direito, que foi a predecessora do positivismo jurídico¹⁰².

Desta forma, a concepção racionalista e igualitária do direito da Escola da Exegese não era a única ideia presente na Europa no início dos oitocentos. O entendimento de que a lei deveria ser uniforme, racional e organizada em um código dava lugar à ideia de que a lei é produto da história. Assim, a Escola História não se afastava da lei, mas via como seus legitimadores todos os movimentos históricos e sociais que fazem parte da cultura de um povo. Portanto, os seguidores desta escola colocavam-se contra a ideia de uma lei codificada e universal, ao levantar a bandeira em nome da sua historicidade¹⁰³.

Os juristas desta Escola eram historiadores, que acreditavam estarem em uma sociedade despreparada para transformar o seu direito em uma lei codificada. Contudo, hoje se verifica que parcela dessa postura em oposição à codificação era simplesmente ditada pelo amor que esses juristas tinham ao passado, assim como o apego cego à tradição¹⁰⁴.

Para a Escola Histórica, o direito não era o resultado de um cálculo racional, capaz de ser codificado, mas sim uma expressão irracional do sentimento vital de justiça¹⁰⁵. Em outras palavras, via-se o direito como uma “*expressão orgânica natural da vida de um povo. Assim, não poderia ser codificado num determinado estágio do seu desenvolvimento (...)*”¹⁰⁶. O direito era um produto orgânico, porque decorrente da história de um povo e não da criação casual do legislador. Igualmente, era visto não mais como produto da razão – como defendiam os *jusnaturalistas* – mas como uma manifestação da consciência

¹⁰¹ VIOLA, Francesco. *Orientamenti storici in tema di interpretazione della legge*. p. 57.

¹⁰² BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. p. 45.

¹⁰³ VIOLA, Francesco. *Orientamenti storici in tema di interpretazione della legge*. p. 56.

¹⁰⁴ VIOLA refere que Todo o povo tem o seu próprio Direito, assim como a sua própria língua, seus próprios costumes, história e cultura. O direito acaba por ser o elemento mais espontâneo da fisionomia de um povo. Nesse sentido: VIOLA, Francesco. *Orientamenti storici in tema di interpretazione della legge*. p. 57.

¹⁰⁵ VIOLA, Francesco. *Orientamenti storici in tema di interpretazione della legge*. p. 57.

¹⁰⁶ CAENEGEM, Raoul Charles Van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. p. 198.

popular, uma forma de adaptação dos costumes às necessidades da sociedade¹⁰⁷. A fonte do direito era por excelência o *Volksgeist*, o espírito do povo, que era compreendido como a consciência de uma nação¹⁰⁸.

O postulado fundamental da Escola Histórica estava na compreensão do direito como uma normativa realidade histórico-cultural que se manifestava na vida historicamente real de um “*povo*”: era uma expressão sócio-cultural do espírito desse povo, da sua espiritual consciência comunitária (*Volksgeist*).¹⁰⁹

A Escola Histórica foi a expressão jurídica do movimento histórico-cultural chamado de *historicismo*, que valorizava o homem na sua individualidade e todas as suas características históricas e culturais, em oposição ao racionalismo imposto pelo Iluminismo. Essa primeira reação ao direito natural, que era deduzido como um direito universal e imutável pela razão (e consolidado nos códigos) foi o primeiro passo para que anos mais tarde se instalasse o positivismo jurídico na Europa¹¹⁰.

As cinco principais características da Escola Histórica são: (i) a pretensão de compreender o homem na sua individualidade e diversidade, de modo que o direito que regula a vida dos homens não deve ser visto como produto da razão, mas da história; (ii) a avaliação das forças históricas como sendo algo irracional, razão pela qual o direito é um movimento por sentimentos gravados no coração do homem, que se expressa de formas jurídicas primitivas, populares e que estão nas origens da sociedade; (iii) o pessimismo antropológico, com a descrença na possibilidade de progresso humano que justificasse reforma no âmbito jurídico; (iv) o amor pelo passado, demonstrado não só pela recepção do direito Romano, como pelo redescobrimento do antigo direito germânico; e (v) o sentimento da tradição, com a reavaliação da produção jurídica, em especial, dos costumes como a expressão viva de uma tradição histórica¹¹¹.

¹⁰⁷ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho*. Madrid: La España Moderna, Año VIII. p. 43 e ss.

¹⁰⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Epistemologia das Ciências Culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 67; CAENEGEM, Raoul Charles Van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. p. 198 e ss.

¹⁰⁹ NEVES, António Castanheira. *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 206.

¹¹⁰ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. p 45 e ss.

¹¹¹ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. p 51-53.

A ideia de oposição ao direito natural e a exaltação ao espírito nacional foram influência da obra do alemão GUSTAV HUGO “*Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts*” (1798)¹¹².

Porém, o maior expoente da Escola Histórica do direito¹¹³ foi FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY¹¹⁴, que é considerado o seu fundador, com o marco de sua obra “*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*” (1814). Essa monografia foi escrita com o fim de discutir com ANTON FRIEDRICH JUSTUS THIBAUT, professor na *Universität Heidelberg*, sobre a necessidade da codificação do direito alemão¹¹⁵. THIBAUT havia publicado no mesmo ano o livro intitulado “*Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts in Deutschland*” (1814), sustentando que o direito civil alemão necessitava de uma transformação rápida e completa, consubstanciada na incorporação da figura de um código que apresentasse perfeição formal e substancial¹¹⁶. SAVIGNY respondeu que a Alemanha de sua época não se encontrava em condições culturais que possibilitassem a codificação, pelo contrário, acreditava que a ciência jurídica

¹¹² BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito*. p 51-53.

¹¹³ Vale frisar que, durante este momento da história do direito, o *processo civil* ainda não era considerado como uma *ciência autônoma* em relação ao *direito material*. O processo era visto como mero procedimento (sucessão de atos), em outras palavras, era o mero exercício de direitos. É por isto que para SAVIGNY, o direito de ação (Klagerecht) decorria da violação de um direito subjetivo privado. Em sua teoria, a ação era o próprio direito material colocado em movimento: a violação geraria uma reação ou um direito para quem a sofre, direito este que se chama direito de ação ou ação. A ação, portanto, nada mais era do que o mesmo direito material, só que transformado pela sua violação. Neste período existia uma confusão entre direito material e direito processual, seus conceitos e institutos estavam fundidos em razão da ausência da compressão do processo como disciplina autônoma. Muito pelo contrário, o processo era visto como mero apêndice do direito material. Por isso era comum denominar o direito material como direito substantivo e, o direito processual, como direito adjetivo; isso porque o adjetivo sempre está ligado ao substantivo. Por esta razão os processualistas referem-se a este período como praxismo ou período sincrético. Neste sentido: MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 18-19. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. p. 32. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito Processual Civil*. p. 260. SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema del Derecho Romano Actual*. Tradução: M. CH. Guenoux e Jacinto Mesía y Manuel Poley. Madrid: F. Góngora y Compañía. 1879. Tomo IV, § CCV. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2010. p. 163. LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 8º Vol., Tomo I, Rio de Janeiro: Forense, 2006. p 23-24.

¹¹⁴ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. p 121. CAENEGEM, Raoul Charles Van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. p. 198. LARENZ, Karl. *Metologia da Ciência do direito*. p. 9.

¹¹⁵ TARELLO observa: “*La battaglia pro e contro la codificazione, che si è svolta soprattutto in Germania all’inizio del secolo XIX e che di solito si è vestita o travestita da battaglia teoretica e/o metodologica, fu in larga parte una battaglia politica sull’opportunità di dare ai paesi germanici una codificazione liberal-borguese sulla traccia della codificazione napoleonica.*” (TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna: Assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1976. p. 25-26)

¹¹⁶ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. p 57-58.

estava em decadência¹¹⁷. SAVIGNY afastava a necessidade de uma codificação, na medida em que o direito era identificado como a lei, mas como sendo algo oriundo da experiência histórica de uma nação, o espírito do povo (*Volksgeist*). Desta forma, o direito não era a lei em si, mas a convicção jurídica de um povo que estava por detrás dela, que não é formada a partir de uma simples dedução lógica, mas de um sentimento e uma intuição imediatos. Esse sentimento e essa intuição não podem estar em uma norma ou uma regra – fruto da racionalidade do homem – mas sim nas relações da vida reconhecidas pelo direito¹¹⁸.

A ciência jurídica estava baseada na técnica universal da *jurisprudência romana*¹¹⁹, sobre a qual se acreditava haver chegado a um dos mais altos níveis de perfeição. Dava-se forma jurídica ao direito vivo, enquadrando-o em categorias da

¹¹⁷ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho*. p. 171-172.

¹¹⁸ LARENZ, Karl. *Metologia da Ciência do direito*. p. 13.

¹¹⁹ Os estudos sobre o direito Romano foram, inclusive, essenciais para que, mais tarde, o direito processual pusesse se separar do direito material. Isso porque WINDSCHEID foi quem retomou os estudos sobre a *actio* romana com a publicação da obra “*Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts*” (1856), apresentando a pretensão (*Anspruch*) como o equivalente moderno da *actio* romana, distinta do direito subjetivo pleiteado na ação. Aqui, as lições de WINDSCHEID afastavam-se do seu colega da Pandectística, SAVIGNY, pois WINDSCHEID afirmava que a *actio* era o termo usado pelos romanos para expressar o que se poderia exigir de outrem ou, em outras palavras, era a faculdade de realizar a própria vontade através de uma perseguição em juízo. Na sua visão pandectística, a *Klagerecht* era um conceito criado pela doutrina sem qualquer fundamento no direito romano, e que não se confundia com a *actio*. Quem dialogou com WINDSCHEID sobre *actio* romana, foi MUTHER em “*Zur Lehre von der römischen actio, dem heutigen Klagerecht*” (1857), dando início à famosa polêmica sobre a ação, hoje referida por toda a doutrina do direito processual. Em sua obra, sustentou que a *actio* romana, na verdade, era o direito de agir contra o Estado, na medida em que era o direito do autor de pedir para que o pretor que lhe concedesse a fórmula para tutelar o seu direito. O pensamento de MUTHER estava no mesmo sentido do de WINDSCHEID, quando entendia que existiriam dois direitos, o de ação – que no caso de MUTHER é contra o Estado –, e o direito subjetivo privado. Contudo, embora fossem direitos distintos, eles não eram autônomos, uma vez que o direito de agir pressupunha a efetiva existência do direito material do autor em face do réu. Em resposta à MUTHER, WINDSCHEID publicou sua segunda obra para dar continuidade à polemica já iniciada, a “*Abwer gegen Dr. Theodor Muther*” (1857). Nela, esclareceu pontos da sua teoria, ao mesmo tempo que respondeu e criticou MUTHER. Podemos afirmar que WINDSCHEID e MUTHER desenvolveram teorias que fundamentaram o início da autonomia do direito processual em relação ao direito material, na medida em que nos mostraram os indícios de que o direito de ação era algo diferente do direito subjetivo privado em si. Curiosamente, ao que nos parece, naquela época tal discussão não levou estes autores a concluir que: se a ação é uma coisa, e o direito subjetivo outra, haveria uma necessária distinção entre o direito material e o direito processual. Isso não ocorreu nem pelas mãos de WINDSCHEID, nem de MUTHER. Nesse sentido: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito Processual Civil*. Tradução da 2ª ed. italiana: J. Guimarães Menegale. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969. vol I, p. 22. CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, 1993. vol I, p. 3-11. CAENEGEM, Raoul Charles Van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. p. 98. MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 18-19. e MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. p. 32.

dogmática jurídica. A ciência acabava formulando conceitos, colaborando para o desenvolvimento da lei¹²⁰.

O desenvolvimento da Escola Histórica permitiu que o direito produzido pelos juristas assumisse tal importância a ponto de suplantar quase que completamente as demais fontes do direito. Assim como os franceses da Escola da Exegese, os seguidores da Escola Histórica tendiam à racionalização do direito, porém não pela codificação da lei, mas por meio da sua sistematização em institutos, da dogmática desenvolvida. E, assim, os alemães colocaram o cientista alemão na posição que o legislador francês desempenhava na França, trocando a codificação francesa pelo desenvolvimento da ciência do direito¹²¹. Por isso, FRANCESCO VIOLA afirmava que “*a ciência tornou-se política de direito, manifestando o aspecto que foi colocado à sombra da concepção puramente descritivista e exegética da ciência jurídica francesa*”¹²². Desse modo, os juristas que se dedicavam aos estudos do direito Romano (Pandectistas¹²³) é que contribuíram para o desenvolvimento da ciência jurídica, legitimados que eram para produzir o novo direito¹²⁴.

Assim, na Alemanha do início dos oitocentos, o direito era visto como uma realidade histórico-social preexistente, que era “dada” ou “posta” para ser reconhecida e transformada pelo legislador em um ordenamento jurídico unitário e sistemático. A ciência do direito passou a se preocupar com a função histórica da legislação¹²⁵. É por isso que o direito passou a ser obra mais do jurista que do legislador. Ou, dizendo-se de outra forma, “*o direito deixaria, assim, de poder conceber-se em termos de norma axiomático-racional, susceptível de ser simplesmente deduzida.*”¹²⁶

¹²⁰ VIOLA, Francesco. *Orientamenti storici in tema di interpretazione della legge*. p. 57.

¹²¹ VIOLA, Francesco. *Orientamenti storici in tema di interpretazione della legge*. p. 58.

¹²² VIOLA, Francesco. *Orientamenti storici in tema di interpretazione della legge*. p. 57.

¹²³ “*Pandektistik, uma doutrina do séc. XIX inteiramente baseada no direito romano.*” Definição dada por: CAENEGEM, Raoul Charles Van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. p. 200.

¹²⁴ Tamenha era a legitimação da doutrina que, por exemplo, foi WINDSCHEID quem foi o responsável pela estruturação do BGB alemão em sua primeira versão, conforme CAENEGEM: “*A principal contribuição acadêmica para o BGB foi dada pelo eminente pandectista Bernhard Windscheid*”, e prossegue na nota nº 22: “*Windscheid foi o coordenado da primeira comissão (1881), que publicou o primeiro esboço inicial em 1887.*” Isso tudo referido por: CAENEGEM, Raoul Charles Van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. p. 221.

¹²⁵ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. p 121.

¹²⁶ NEVES, António Castanheira. *Digesta. Escritos acerca do direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*. p.206.

A polêmica existente sobre a codificação teve como consequência o esquecimento do *direito judiciário*, em contrapartida à exaltação do *direito científico*. Não foi só o legislador quem perdeu importância para a criação e o desenvolvimento do direito, mas também o juiz, a quem, em contrapartida, era relegada uma função pouco – ou nada – expressiva perante a ordem jurídica na Escola Histórica.

A atividade judicial não foi objeto de preocupações, na medida em que o produto da sua atividade não era visto como fonte do direito. Assim, ao passo que na Escola da Exegese o papel principal para o desenvolvimento do direito era do legislador – que detinha o poder soberano do povo para criar a lei identificada como sendo o direito – quem era o protagonista da Escola Histórica era o jurista, que detinha o papel fundamental de sistematização do direito posto, mediante o desenvolvimento da atividade científica¹²⁷. Em síntese, para nenhuma das escolas do pensamento jurídico presentes na Europa do sec. XIX, a atividade do juiz foi considerada como fator importante para o desenvolvimento do direito.

O curioso é que, embora a Escola da Exegese e a Escola Histórica tivessem matizes culturais e sociais muito diferentes, elas convergiam em relação ao cognitivismo interpretativo. Ambas as Escolas consideravam o direito como uma realidade pré-constituída à interpretação. Esta, por sua vez, era apenas uma atividade de *descobrimto* do verdadeiro significado desta realidade pré-constituída que, para os juristas da Escola da Exegese era a intenção por trás do código e, para os juristas da Escola Histórica, o complexo fenômeno histórico de um povo¹²⁸.

Exemplo disso é que, para SAVIGNY, o objetivo da interpretação é a reconstrução exata do *pensamento* que está implícito na lei. Para ser possível essa reconstrução, há quatro etapas no seu método interpretativo: (i) o elemento gramatical, que leva em consideração as palavras do texto a ser interpretado, como um meio necessário para se alcançar o pensamento intrínseco da lei; (ii) o elemento lógico, que diz respeito à ligação e à articulação do conteúdo lógico inerente à lei; (iii) o elemento histórico, que leva em conta a situação histórico-jurídica que inspirou a lei; (iv) o elemento sistemático, responsável pela coerência interna das normas. Com este método interpretativo, SAVIGNY

¹²⁷ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. p 121.

¹²⁸ TARELLO, Giovanni. Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè. Ano XXV (1971) p. 1-18.

afastava a interpretação subjetiva, que consistiria na *vontade do legislador*¹²⁹. Igualmente, ele rejeitava a realização de uma interpretação extensiva ou restritiva em razão da finalidade da lei, pois acreditava que o fim da lei não estaria englobado no seu conteúdo, na medida em que ele só seria criado artificialmente a partir da atividade do intérprete, por meio de um ato de vontade¹³⁰.

1.2.3 A ideia de sistema e a Jurisprudência dos Conceitos

A ideia de sistema trabalhada por SAVIGNY foi o primeiro passo para que surgisse uma nova escola do pensamento jurídico, afastando o direito da realidade social. Era o início da Jurisprudência dos Conceitos (*Begriffsjurisprudenz*).

Essa nova escola de pensamento jurídico ligava-se à ideia de sistema, que era entendido em sentido mais largo do que uma simples clareza e facilidade de domínio de uma determinada matéria¹³¹. A ideia do sistema estava ligada à noção de unidade dos conceitos, de organismo¹³².

PUCHTA, o fundador da Jurisprudência dos Conceitos¹³³, foi quem chamou a ciência jurídica do seu tempo a seguir o caminho de um sistema lógico, estruturado em uma pirâmide conceitual. A inspiração desse sistema estava em SAVIGNY, com o seu *método de pensamento conceitualista formal*, explica LARENZ¹³⁴.

Esse nexos orgânico (sistema) de proposições jurídicas¹³⁵ transformar-se-ia em um nexos lógico entre conceitos, e seria missão da ciência jurídica reconhecer tais proposições de acordo com o nexos sistemático em que inseridas. Assim, PUCHTA constrói

¹²⁹ VIOLA, Francesco. *Orientamenti storici in tema di interpretazione della legge*. p. 60.

¹³⁰ LARENZ, Karl. *Metologia da Ciência do direito*. p. 11-12.

¹³¹ LARENZ, Karl. *Metologia da Ciência do direito*. p. 21.

¹³² LARENZ, Karl. *Metologia da Ciência do direito*. p. 22.

¹³³ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Tradução da 2ª edição alemã: A. M. Botelho Hespanha. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2010. p. 491 e ss.

¹³⁴ LARENZ ainda complementa: “*As proposições jurídicas singulares que constituem o direito de um povo, encontram-se uma em relação às outras, num nexos orgânico que se esclarece, antes de tudo, através da sua decorrência do espírito do povo, na medida em que a unidade desta fonte se estende a tudo aquilo que por ela foi produzido.*” (LARENZ, Karl. *Metologia da Ciência do direito*. p. 23.)

¹³⁵ Aqui LARENZ adverte que essas *proposições jurídicas* não são os *institutos jurídicos* de SAVIGNY. Ver: LARENZ, Karl. *Metologia da Ciência do direito*. p. 22 e ss.

um sistema lógico e fechado baseado apenas em conceitos. A expressão usada pelo Autor, “*genealogia dos conceitos*”, era sinônimo de uma de um sistema construído de acordo com as regras da lógica formal. Nesta teoria, o conceito supremo situado no topo da pirâmide é o ponto de partida pelo qual se deduzem todos os demais conceitos do sistema¹³⁶. O direito era, portanto, uma pirâmide de conceitos construída segundo a lógica formal.

Contribuíram para a evolução da Jurisprudência dos Conceitos, Rudolf von Jhering (na sua primeira fase¹³⁷) com o seu método histórico-cultural, e Bernhard Windscheid, com seu positivismo legal racionalista¹³⁸.

O pensamento da ciência do direito no sec. XIX foi marcado pelos elementos do “*historicismo*” e do “*racionalismo*”, que contribuíram para o desenvolvimento da *teoria objetivista da interpretação*, desenvolvida pela doutrina alemã no final deste século, inclusive pelo processualista ADOLF WACH¹³⁹. Essa teoria prescreve que o decisivo para a interpretação da lei não é a vontade do legislador, mas a vontade do direito, que é deduzida das proposições constantes na lei e em todo o sistema jurídico. Isso porque, descobrir a intenção do autor da lei revelaria uma postura subjetiva da interpretação, o que é repellido pelos autores da teoria objetivista. Em outras palavras, a teoria objetivista da interpretação afirmava que não apenas a lei, como qualquer palavra dita ou escrita, poderia apresentar significação diversa daquela que pensou seu autor, mas ainda, que o relevante é, no lugar do que pensou o autor da lei, deve-se considerar a existência de uma significação objetiva, independentemente do legislador.¹⁴⁰

A Jurisprudência dos Conceitos contém ideia de direito como um objeto de conhecimento, que é produto de dedução científica¹⁴¹. *O direito seria, assim, logicamente deduzido de conceitos de forma abstrata, sob o método lógico-dedutivo*. Isso demonstra o

¹³⁶ LARENZ, Karl. *Metologia da Ciência do direito*. p. 24; WIEACKER, Franz. *História do direito Privado Moderno*. p. 457.

¹³⁷ Na segunda fase deste autor, ele deixa a *Begriffsjurisprudenz* para promover a *Interessenjurisprudenz*, com a obra “*Der Zweck im Recht*” (1877-1883). Segundo: BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. p 122.

¹³⁸ LARENZ, Karl. *Metologia da Ciência do direito*. p. 29-39.

¹³⁹ LARENZ, Karl. *Metologia da Ciência do direito*. p. 40-ss.

¹⁴⁰ LARENZ, Karl. *Metologia da Ciência do direito*. p. 41.

¹⁴¹ WIEACKER, Franz. *História do direito Privado Moderno*. p. 457.

afastamento da Jurisprudência dos Conceitos dos aspectos sociais, que eram levados em conta pela Escola Histórica¹⁴².

Frise-se que, foi neste período, sob forte influência da doutrina conceitualista, que a separação entre direito processual e direito material foi identificada por OSKAR BÜLOW, professor da *Justus Liebig-Universität Gießen*, na Alemanha. Ao publicar sua obra sobre as exceções e pressupostos processuais: “*Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*”¹⁴³ (1868)¹⁴⁴, BÜLOW constrói requisitos para formação e desenvolvimento válido do processo, os chamados *pressupostos processuais*. BÜLOW inaugurava, assim, a nova fase na história do processo, o período denominado como *processualismo*¹⁴⁵ ou *conceitualismo*¹⁴⁶. A partir de então, o processo passou a ser visto como ciência, com objeto e métodos próprios.

BÜLOW já afirmava a necessidade do estudo e do desenvolvimento dos conceitos desta nova ciência, pois os principais conceitos jurídicos processuais ainda não estavam claros, uma vez que obscurecidos por uma “imprópria construção conceitual” e “terminologia enganosa” em razão do pensamento jurídico da Idade Média.¹⁴⁷

Embora BÜLOW fosse contemporâneo da Escola do Direito Livre, é notável a influência da *Jurisprudência dos Conceitos* em sua formação, em razão da preocupação que este autor demonstra em desenvolver uma nova ciência a partir da clarificação dos seus conceitos fundamentais. Embora esta postura tenha afastado o direito processual do direito material e da própria realidade social, é compreensível que, no período em que emerge uma nova ciência no mundo jurídico, os juristas de sua época voltem seus esforços unicamente para o desenvolvimento dos seus conceitos, que são os institutos basilares desta nova disciplina.

¹⁴² LARENZ, Karl. *Metologia da Ciência do direito*. p. 29.

¹⁴³ MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, v. 35, n. 183, 2010. p. 165-194.

¹⁴⁴ Original: BÜLOW, Oskar. *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*. Gießen: Verlag von Emil Roth, 1868. Porém, aqui utilizamos versão traduzida para o espanhol: *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. Miguel Angel Rosas Lichtstein. Buenos Aires: Ejea, 1964.

¹⁴⁵ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. p. 35 e ss.

¹⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito Processual Civil*. p. 259.

¹⁴⁷ BÜLOW, Oskar. *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen*. Gießen: Verlag von Emil Roth, 1868. P. “V”.

Essa postura adotada pelos juristas dessa época se explica em razão de a Alemanha estar passando pela influência da *Jurisprudência dos Conceitos* que, como vimos, era um período em que o direito era logicamente deduzido a partir da criação e do desenvolvimento de conceitos de forma abstrata, sob o método lógico-dedutivo¹⁴⁸. Sem este esforço da doutrina em separar os conceitos do direito processual do direito material, o direito processual não teria chegado em tão alto grau de evolução na dogmática jurídica¹⁴⁹. O desenvolvimento do direito processual civil é indiscutivelmente mérito dos juristas desta época.

Soma esforços à BÜLOW, neste mesmo período da história do processo, ADOLF WACH. Ele lecionava na *Universität Leipzig* quando escreveu “*Handbuch des Deutschen Civilprozessrecht*”¹⁵⁰ (1885), obra em que consolidou os conceitos até então desenvolvidos pela processualística alemã. O processo civil era visto como um procedimento apto para declarar e realizar os *direitos privados*, os *direitos privados lesionados* e as *pretensões de direito privado*.

A natureza do processo para WACH seria antagônica, serviria tanto para o ataque do autor, como para a defesa do réu¹⁵¹. A finalidade do processo seria uma só: “*salvaguardar a justiça mediante o exercício da jurisdição*”¹⁵², isso significa que o processo não teria por missão criar direitos subjetivos, mas sim satisfazê-los¹⁵³:

A atividade do juiz consiste, frequentemente, em uma complicada tarefa de intérprete, combinada com a subsunção concreta, a conclusão dedutiva e a declaração do direito, mas nunca sendo uma atividade legislativa.

O processo não tem por finalidade criar direitos (direitos subjetivos), mas sim tutelá-los.¹⁵⁴

Essa breve passagem do *Manual de direito Processual* do WACH já demonstra a visão deste autor em relação a função passiva do juiz no processo e, conseqüentemente, que a jurisdição tem o escopo apenas de declarar o direito preexistente

¹⁴⁸ Sobre este aspecto, ver ponto 1.2 deste trabalho.

¹⁴⁹ Segundo DINAMARCO chegaram um ponto de maturidade mais que satisfatório, como afirma em: *Instrumentalidade do Processo*. 15ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 20

¹⁵⁰ Aqui nos valem da sua tradução para o espanhol de 1977: WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Tradução: Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1977. vol. I e II.

¹⁵¹ WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. p. 23.

¹⁵² WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. p. 24.

¹⁵³ WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. p.

¹⁵⁴ Tradução nossa. WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. p. 26-27.

à atividade do intérprete. Portanto, como se verá a seguir, WACH era um cognitivista. Essa constatação é importante, na medida em que é inegável a influência deste autor sobre CHIOVENDA¹⁵⁵, que pensou a teoria declaratória da jurisdição sob uma perspectiva cognitivista. Desta forma, é necessária a análise das ideias deste jurista alemão, no que diz respeito à interpretação do direito, e como isso influenciou o pensamento de CHIOVENDA.

Em síntese, tanto a Jurisprudência dos Conceitos, com a ideia de subordinação do intérprete aos conceitos e ao sistema jurídico, como a Escola Histórica, no contexto de uma estrita subordinação do intérprete à lei, buscaram exaltar a necessidade de descoberta dos significados que estão implícitos na lei, ao formular métodos apropriados para atingir esse resultado. Esta metodologia de interpretação, em conjunto ao da Escola da Exegese dominou a mentalidade e a prática do direito desde o séc. XIX até para os nossos tempos¹⁵⁶.

2. A TEORIA DECLARATÓRIA DA JURISDIÇÃO

Escolhemos GIUSEPPE CHIOVENDA como protagonista para demonstração da *teoria declaratória da jurisdição*, justificadamente. É que ele foi um dos maiores juristas a tratar sobre o tema da jurisdição. Além disso, foi ele o responsável por fundar o estudo da ciência do direito processual civil na Itália¹⁵⁷, exercendo função determinante na historiografia do direito Processual Civil brasileiro, inclusive para a formação do *Código Buzaid* promulgado em 1973¹⁵⁸. Sua contribuição para a história do direito processual civil é inegável.

¹⁵⁵ Nesse sentido: TARELLO, Giovanni. L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale. In: *Dottrine del Processo Civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 125 e ss.

¹⁵⁶ VIOLA, Francesco. *Orientamenti storici in tema di interpretazione della legge*. p. 61.

¹⁵⁷ BUZAID, Alfredo. "Introdução" na obra: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução da 2ª ed. italiana: J. Guimarães Menegale. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969. vol I

¹⁵⁸ Sobre a origem da expressão "Código Buzaid", assim como sobre a sua formação, ver: MITIDIÉRO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, v. 35, n. 183, p. 165-194, 2010.

CHIOVENDA, foi influenciado pelas ideias de Wach no campo teórico do direito processual civil¹⁵⁹ e no método de sistematização de conceitos, que podemos encontrar, por exemplo, em “*Principii di diritto processuale civile*” e “*Istituzioni di diritto processuale civile*”, próprio da Jurisprudência dos Conceitos, mas não só. CHIOVENDA herdou, inconscientemente, a teoria do direito que estava por detrás do processo civil estudado e desenvolvido por WACH. Assim, primeiro analisaremos a ideia de interpretação em WACH, para depois analisarmos a influência deste pensamento sobre a compreensão de jurisdição para CHIOVENDA.

2.1 O COGNITIVISMO INTERPRETATIVO DE WACH

WACH, para além de processualista, era um teórico do direito¹⁶⁰. Abordamos anteriormente que WACH era um dos expoentes da teoria objetiva da interpretação, desenvolvida no contexto da Jurisprudência dos Conceitos. Segundo ele, “*estabelecer uma teoria da interpretação, era estabelecer uma teoria sobre a determinação do conteúdo da lei*”¹⁶¹, e este era o trabalho para uma “*doutrina científica*”¹⁶².

Assim, o objeto da interpretação era visto como a lei escrita, e, igualmente, este era o seu limite. O intérprete não poderia ultrapassar as palavras do legislador¹⁶³. A finalidade da interpretação era puramente científica e não produtiva¹⁶⁴, consistindo em esclarecer a vontade contida na lei¹⁶⁵.

¹⁵⁹ Nesse sentido: TARELLO, Giovanni. L’opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello Stato liberale. In: *Dottrine del Processo Civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 125 e ss; TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*. Bologna: Il Mulino, 1980. p. 193 e ss; MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *REPRO*, v. 35, n. 183, p. 165-194, 2010; MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: RT, 2013. p. 36-39.

¹⁶⁰ LARENZ, Karl. *Metologia da Ciência do direito*. p. 40.

¹⁶¹ WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. p 353.

¹⁶² WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. p 354.

¹⁶³ WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. p 354.

¹⁶⁴ WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. p 354.

¹⁶⁵ WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. p 370.

Isso quer dizer que, para WACH, a interpretação era o meio pelo qual era possível entender a lei, e nunca criar o direito¹⁶⁶. Da lei seria retirada uma única interpretação, a correta, na medida em WACH defendia que o texto da lei não apresentaria problemas de equivocidade como a ambiguidade ou a vagueza, porque a interpretação “*sempre requer uma complicada operação dedutiva*” a partir dos conceitos e dos pressupostos da lei¹⁶⁷. Ou seja, não haveria problemas para a descoberta do significado da lei, na medida em que estes significados já teriam sido trabalhados e desenvolvidos pela doutrina científica. O trabalho do legislador, ao editar a lei, seria o de reproduzir os conceitos do sistema do ordenamento jurídico.

Portanto, WACH era um dos defensores da teoria objetiva da interpretação, que, sinteticamente, afasta a ideia de descoberta da *vontade do legislador* como finalidade da atividade interpretativa, para promover a descoberta da *vontade da lei*. Isso porque, revelar a vontade do autor da lei seria atribuir significado subjetivo à lei, enquanto que revelar a intenção do pensamento da lei significaria identificar, de forma objetiva, o seu conteúdo¹⁶⁸ que independe da vontade do legislador¹⁶⁹.

WACH mostrou-se um cognitivista¹⁷⁰. Isso porque, em sua teoria, o intérprete estaria autorizado a praticar apenas atos de conhecimento para interpretação da lei, nunca de atos vontade. O Autor faz referências constantes à atividade cognitiva do intérprete quanto afirma, por exemplo, que: “*é necessário entender a lei, e não criá-la*”¹⁷¹, “*interpretar a lei significa buscar e descobrir uma vontade que constitui o significado da lei*”¹⁷², e ainda, “*interpretar significa expor o conteúdo imanente à lei*”¹⁷³.

Essas afirmações de que é preciso “*entender*”, “*buscar*”, “*descobrir*”, “*expor*” a vontade da lei denotam que o significado da lei seria anterior a atividade do intérprete, na concepção de WACH. Além da lei apresentar um significado pré-constituído, ele seria unívoco. Prova disso é o fato de WACH negar a possibilidade do texto do legislador

¹⁶⁶ WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. p 354.

¹⁶⁷ WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. p 371.

¹⁶⁸ WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. p 353-356.

¹⁶⁹ WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. p 357.

¹⁷⁰ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. p. 36-39.

¹⁷¹ WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. p 354.

¹⁷² WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. p 355.

¹⁷³ WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. p 357.

ser ambíguo ou obscuro, pois este apenas repetiria os conceitos já dispostos no sistema jurídico. Neste mesmo aspecto, não poderíamos entender que WACH, ao convocar o intérprete para valer-se dos conceitos do sistema jurídico para interpretar a lei, estaria admitindo atos de vontade por autorizar a utilização de “outros elementos” na atividade interpretativa, na medida em que a lei repetiria os conceitos já estudados e trabalhados pela doutrina científica.

Sendo a finalidade da interpretação a descoberta da *vontade da lei*, haveria apenas uma resposta correta para essa interpretação, não sendo possível que uma mesma lei apresentasse mais de um significado, sob pena de prejudicar a unidade e a coerência do sistema jurídico, já que então a lei teria uma pluralidade de vontades.

Todas essas considerações demonstram que WACH pressupunha, ainda que inconscientemente, que a ciência do direito era descritiva¹⁷⁴, isto é, caberia aos juristas apenas descrever o significado do direito, que era considerado como um objeto suscetível de conhecimento. Essa concepção de ciência, por sua vez, repercutiu diretamente na visão de jurisdição que este jurista alemão desenvolveu. Se à doutrina cabia apenas descrever o significado do direito, ao juiz caberia tão somente declarar o significado preexistente da lei.

É por esta razão que WACH concluiu que a jurisdição consiste em uma função do Estado destinada à mera aplicação do direito pelos Tribunais¹⁷⁵, sem adscrição pelo intérprete. É por meio da jurisdição que o direito material e processual são aplicados de forma autoritária e vinculante.

Nesse contexto, somente havia como concluir que a sentença seria o meio de “*se revelar o mandamento abstrato da lei em forma concreta através da boca do juiz*”¹⁷⁶.

A partir da concepção cognitivista da interpretação de WACH, somada à sua ideia de jurisdição como mera declaração de direitos, Giuseppe Chiovenda desenvolveu a

¹⁷⁴ Sobre este tema: ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. *Revista direito Tributário Atual*. São Paulo: Dialética, 2013. n. 29.

¹⁷⁵ WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Vol. II, p. 8.

¹⁷⁶ WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Vol. II. p. 9.

teoria declaratória da jurisdição, com a famosa expressão descritiva de: “*atuação da vontade concreta da lei*”.

2.2 A JURISDIÇÃO COMO “*ATUAÇÃO DA VONTADE CONCRETA DA LEI*” PARA CHIOVENDA

O desenvolvimento das primeiras teorias sobre a jurisdição ocorreu durante a fase do *processualismo*, em que o processo civil firmava-se como *ciência autônoma*. Inserido neste contexto histórico-cultural, CHIOVENDA estava desafiado a afirmar a total separação do *direito processual* em relação ao *direito material* em seus estudos. Isso quer dizer que a sistematização dos institutos e dos conceitos desta nova *ciência* deveriam estar sincronizados com esta distinção.

Podemos relacionar a necessidade do afastamento entre *direito material* e *direito processual* daquela época com a necessidade de separar rigidamente a função do Estado que tem o poder de *criar* a norma, daquele que tem o poder de *aplicá-la*. Em outras palavras, apenas a uma das funções do Estado poderia ser outorgado o poder de *criar* o direito, cabendo à outra a descoberta do significado e a declaração do direito preexistente, mediante a sua aplicação ao caso concreto. Cabia assim, ao poder legislativo criá-lo, e ao poder jurisdicional aplicá-lo¹⁷⁷. Não era permitido nenhum ato de criação daqueles que exerciam a função de aplicadores do direito.

A *teoria declaratória da jurisdição*, além de pressupor o cognitivismo interpretativo oriundo dos dogmas do iluminismo, também reafirmava a necessária separação e distinção entre *direito material* e *direito processual*, na medida em que a jurisdição, um instituto que foi apropriado pela doutrina da recém-nascida *ciência*

¹⁷⁷ Neste mesmo sentido observa CAPPELLETTI: “*O nexó entre processo e direito material que as últimas gerações do processualismo italiano estão redescobrando, depois de descurado por longo tempo em virtude da “excessivamente aclamada autonomia da ação e da relação processual”, apresenta dois campos principais para exame. O primeiro, que será objeto específico deste trabalho, concerne ao problema da “criatividade” da função jurisdicional, ou seja, da produção do direito por obra dos juízes. Com terminologia um pouco envelhecida, trata-se de verificar se o juiz é mero intérprete-aplicador do direito, ou se participa, lato sensu, da atividade legislativa, vale dizer, mais corretamente da criação do direito.*” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alerge: Sérgio Antônio Fabris, 1993. p. 13)

processual, não poderia admitir que a atividade do juiz pudesse possuir qualquer poder criativo, tal como o legislador possuía, sobre o direito (material)¹⁷⁸.

Dentro desta perspectiva, CHIOVENDA entendia que o primeiro *pressuposto processual*¹⁷⁹ que constitui condição indispensável para o exame do mérito de uma demanda é a *jurisdição*. Isso quer dizer que a demanda precisa estar endereçada a um órgão do Estado revestido de jurisdição. A *jurisdição* é vista como uma das funções do Estado, ao lado da *legislativa* e da *governamental (ou administrativa)*¹⁸⁰. A partir desta constatação, CHIOVENDA afirma que a jurisdição, como função da soberania do Estado, possui a mesma extensão dela. Quando falamos que “*a jurisdição é atuação da lei*”, significa que “*não pode haver sujeição à jurisdição senão onde possa haver sujeição à lei; e, vice-versa, em regra, onde há sujeição à lei, aí há sujeição à jurisdição.*”¹⁸¹

Das três funções do Estado, a única que pode atuar a *vontade da lei* é a *jurisdicional*. Ademais, em razão de ser uma função estatal, os juízes e seus auxiliares são funcionários do Estado. Não poderia mais se admitir que outras pessoas exercessem a função jurisdicional, senão aqueles que são empregados do Estado, por força do princípio democrático. Isso porque, para CHIOVENDA “*os funcionários judiciais não são nomeados a capricho do governo; os cargos não são designados a título de mercê, como sucedia em outros tempos*”¹⁸², importando para a atividade jurisdicional o fato de “*as nomeações se fazer segundo normas fixadas por leis que abrem caminho aos mais idôneos e preparados*”¹⁸³ para assumirem os cargos jurisdicionais. Assim, a diferença entre a *função legislativa* e a *função jurisdicional* é bastante clara para este autor: enquanto o legislador

¹⁷⁸ É apropriado referir o que DINAMARCO sublinha: “*A escalada de autonomia científica do direito processual, fruto dos estudos principiado em meados do séc. XIX, deixou fora de dúvida que o direito processual tem sua vida própria e cabe-lhe uma missão social e jurídica diferente, em relação ao direito substancial. Seus escopos, ou objetivos próprios (sociais, políticos e jurídicos), são bem definidos e não se confundem com o deste; apoia-se em fundamentos metodológicos que não são os mesmos do direito substancial (é direito público formal, não participa da criação de direitos); e tem seu próprio objeto material, que são categorias jurídicas relacionadas com a atividade destinada a eliminar conflitos.*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito Processual Civil*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. vol. I. p. 45.)

¹⁷⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito Processual Civil*. vol II, p. 3.

¹⁸⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito Processual Civil*. vol II, p. 4.

¹⁸¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito Processual Civil*. vol II, p. 35.

¹⁸² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito Processual Civil*. vol II, p. 5.

¹⁸³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito Processual Civil*. vol II, p. 5.

dá as normas reguladoras da atividade dos cidadãos e dos órgãos públicos, cabe ao juiz atuá-las¹⁸⁴.

Na visão de CHIOVENDA, o *processo civil* serviria para tornar *concreta a vontade da lei*, que existe antes da existência do próprio processo. Em outras palavras, CHIOVENDA conceitua o processo civil como complexo de atos coordenados ao objetivo da *atuação da vontade da lei*, com respeito a um bem que se pretende garantir por meio dos órgãos da jurisdição¹⁸⁵. É, portanto, por meio do processo civil que se desenvolve a função pública da jurisdição para a *atuação da lei*¹⁸⁶.

A jurisdição é o poder do Estado de *atuar a vontade da lei*. Isso significa: verificar se existe ou não essa vontade, declarando-a, além de realizá-la no mundo dos fatos, através da execução, pois é este o escopo da jurisdição – assim como o do processo civil¹⁸⁷.

Neste sentido, CHIOVENDA define jurisdição como sendo “*a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio de substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva*”¹⁸⁸.

Há três principais características nessa definição. A primeira é a ênfase que este autor dá à jurisdição como uma das funções do Estado, o que ressalta o viés *publicista* da sua visão. A segunda diz respeito à atividade do juiz em si, a *atuação da vontade concreta da lei* entendida, em seu aspecto normativo, como *descoberta do sentido preexistente da norma*. E, a terceira, diz respeito ao caráter *substitutivo* da jurisdição¹⁸⁹.

¹⁸⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito Processual Civil*. vol II, p. 6.

¹⁸⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito Processual Civil*. vol I, p. 5 e 37. e CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Tradução da 3ª edição italiana: José Casais y Santaló. Madrid: Reus, 1922. Tomo I, p. 86.

¹⁸⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de Derecho Procesal Civil*. p. 83.

¹⁸⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito Processual Civil*. vol. I, p. 39 e 40. CHIOVENDA, Principios, Tomo I, 84 e 341 e ss.

¹⁸⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito Processual Civil*. vol II, p. 3.

¹⁸⁹ O caráter substitutivo da jurisdição quer dizer que, a atividade jurisdicional substitui a atividade de terceiros. Em relação ao processo de cognição a substituição se dá de forma definitiva e obrigatória pela atividade do juiz em relação à atividade não só das partes, mas a de todos os cidadãos quando afirma se há ou não a vontade concreta da lei em relação às partes. Embora CHIOVENDA entenda que nem todo o tipo de execução constitua atividade jurisdicional, como por exemplo a execução de sentença penal, há casos em que a vontade da lei é exequível pelos órgãos públicos; neste caso, tratar-se-á, nas palavras

Para prosseguirmos, é necessário melhor fixarmos o significado da expressão “*atuação da vontade da lei*”, que é elemento chave para entendermos a *teoria declaratória da jurisdição* para CHIOVENDA¹⁹⁰.

Primeiramente, *lei* para Chiovenda (em sentido *lato*) é a manifestação de uma *vontade* coletiva geral, destinada a regular a atividade dos cidadãos ou dos órgãos públicos. Possui o escopo de conservação da ordem jurídica do Estado, assim como dos bens que lhe são próprios, bem como, regular a atribuição dos bens da vida aos diferentes sujeitos jurídicos¹⁹¹.

A “*vontade concreta da lei*” seria estabelecida toda vez que ocorressem fatos correspondentes àqueles previstos abstrata e genericamente na norma encerrada na lei¹⁹², o se assemelha ao fenômeno da incidência. Assim, dessa vontade geral e abstrata da lei nasce uma vontade particular, a sentença, que tende a *atuar* no caso concreto¹⁹³. Essa vontade precisa ser concretizada, seja de forma voluntária (extrajudicial) ou involuntária (judicial)¹⁹⁴.

de CHIOVENDA, de jurisdição em razão da substituição da atividade de outrem pela atividade pública que tem por objetivo constranger o obrigado a agir visando ao resultado da vontade da lei. Ainda que essa atividade seja exercida por órgão não jurisdicional em sua essência, neste caso, revestem-se do caráter jurisdicional pelo objetivo que lhes é imposto, isto é, a substituição da atividade de terceiros por uma atividade pública. Assim, na teoria desenvolvida por Chiovenda “*não existe jurisdição somente quando, no curso da execução, surgem contestações que é preciso resolver [...]; antes, importa em jurisdição a própria aplicação das medidas executórias, porque se coordena com a atuação da lei*”. (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito Processual Civil*. vol. II, p. 6-31 e 285.)

¹⁹⁰ Quem muito estudou e criticou CHIOVENDA, principalmente no que tange à expressão “vontade concreta da lei” foi OVÍDIO BAPTISTA. Neste sentido, amplamente: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. 3ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2007. (1ª edição 1996); BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Epistemologia das Ciências Culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

¹⁹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito Processual Civil*. vol I, p. 3.

¹⁹² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito Processual Civil*. vol I, p. 4.

¹⁹³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito Processual Civil*. vol I, p. 4.

¹⁹⁴ Daí justifica-se porque CHIOVENDA entende que a ação é um poder do autor de realização da vontade concreta da lei, que prescinde da vontade e da prestação do réu. Quando CHIOVENDA esclarece que o autor pode propor demanda fundado em direito que alega ter, mas que, em verdade, não procede, existirá uma vontade concreta da lei que determinará que essa demanda seja recebida, declarada e tratada como destituída de fundamento. Isto é, a tutela jurisdicional será prestada pelo Estado, ao reconhecer e negar ao autor o direito pleiteado, pois este não subsiste. Isto quer dizer que, o direito de ação pra CHIOVENDA é distinto e independente do direito material. Nesse sentido: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito Processual Civil*. vol I, p. 4.

CHIOVENDA criticava a teorização sobre qualquer ato que importasse na *determinação* ou na *criação* da vontade da lei, na medida em que essa vontade é preexistente à atividade jurisdicional, o que requer o seu descobrimento, e não criação¹⁹⁵.

Por isto que é conveniente que se confie a atividade de atuar a vontade da lei a órgãos autônomos e independentes do Estado, os órgãos jurisdicionais, “*de modo que quem atua a vontade da lei não se deixe guiar senão do que lhe afigure ser a vontade da lei, segundo sua com ciência e consciência*”¹⁹⁶. Assim, a atividade de cognição praticada pelo juiz, em seu juízo lógico de verificação da vontade da lei, estaria protegida da influência de prevenções subjetivas ou pressões externas¹⁹⁷. É neste ponto que se faz necessária a distinção entre as funções jurisdicionais e administrativas, na medida em que esta “*também se pode contrapor à legislação como atuação de lei*”¹⁹⁸. A respeito disso, CHIOVENDA preocupa-se em desenhar a distinção entre estas duas funções do Estado em função de uma importância prática¹⁹⁹: quais seriam os efeitos da atividade administrativa? E quais seriam os efeitos da atividade jurisdicional? A coisa julgada é efeito produzido exclusivamente por decisão proferida por órgão jurisdicional²⁰⁰. Conforme afirma CHIOVENDA:

Há, portanto, fundamental diferença entre as decisões meramente administrativas e as judiciais, entre o *recurso hierárquico* e a *ação*. A decisão administrativa por converter-se em definitiva, já porque não exista superior a quem recorrer, já porque não se recorra no prazo prescrito. [...] A decisão judicial, ao inverso, afirma a preexistência da vontade da lei de que a prestação se cumpra ou de que o direito à prestação se constitua; ela produz coisa julgada, é irrevogável em relação às partes e ao juiz.

Desta forma, a diferença entre administração e jurisdição pode ser resumida da seguinte forma: “*o juiz age atuando a lei; a administração age em conformidade com a lei; o juiz considera a lei em si mesma; o administrador considera-a como norma da sua própria conduta*”²⁰¹. Em outras palavras, esta distinção pode ser vista em razão de na

¹⁹⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito Processual Civil*. vol I, p. 40 e 42.

¹⁹⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito Processual Civil*. vol II, p. 7.

¹⁹⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito Processual Civil*. vol. II, p. 7.

¹⁹⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito Processual Civil*. vol II, p. 6.

¹⁹⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito Processual Civil*. vol II, p. 9.

²⁰⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito Processual Civil*. vol II, p. 9.

²⁰¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito Processual Civil*. vol II, p. 12.

atividade administrativa prevalecer²⁰² o julgamento sobre a própria atividade e, na atividade jurisdicional, prevalecer o julgamento sobre atividade de terceiros.

Chiovenda refere-se à jurisdição como função do Estado que é composta por três poderes: de decisão, coerção e documentação²⁰³.

O *poder de decisão* consiste na afirmação da existência ou inexistência da *vontade concreta da lei*, que pode ocorrer de duas formas: a primeira é quando afirma-se a vontade de lei em relação às partes, tornando, assim, a sentença irrevogável (coisa julgada formal) ao garantir o bem da vida a uma das partes até mesmo no futuro, e em outros processos (coisa julgada material). De outro lado, a segunda forma é a *de declarar a vontade concreta da lei* em relação ao *dever de o juiz* de se pronunciar no mérito da demanda. Aqui o juiz faz referência em relação à sua própria atividade, e não às das partes, sendo, portanto, atividade preparatória para exame do reconhecimento do bem da vida a uma das partes. Neste caso, se não for interposto recurso, a sentença será irrevogável produzindo coisa julgada formal, entretanto, sem produzir a coisa julgada substancial, pois não diz respeito ao mérito da demanda e sim à atividade em si do juiz²⁰⁴.

O poder de coerção inerente à função jurisdicional é aquele característico da fase de execução²⁰⁵, que corresponde ao complexo de atos coordenados à “*atuação prática, da parte dos órgãos jurisdicionais, de uma vontade concreta da lei que garante a alguém um bem da vida*”²⁰⁶. Porém, também exerce-se o poder de coerção na fase de cognição, como no caso de depoimento das partes ou da testemunha²⁰⁷, quando determinado pelo juiz não podem as partes se negar ao seu cumprimento, salvo por motivo justificado.

²⁰² CHIOVENDA fala em prevalecer porque entende que a administração julga a própria atividade tendo em vista uma atividade alheia; e, igualmente, o juiz julga a atividade alheia ao mesmo tempo que julga a sua, se tem obrigação de prover ou não no mérito. Entretanto, embora o autor entenda que há as duas características (julgamento próprio e julgamento alheio) nas duas funções estatais, sobre a administração prevalece o julgamento da sua atividade, enquanto sobre a jurisdicional prevalece o juízo sobre atividade alheia. Essa suposta confusão entre administração e jurisdição deve-se ao fato do CHIOVENDA entender que há funções eminentemente administrativas dentro da organização judiciária. Sobre este tema ver: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito Processual Civil*. vol II, p. 6 e ss.

²⁰³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito Processual Civil*. vol II, p. 26 e ss.

²⁰⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito Processual Civil*. vol II, p. 26.

²⁰⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito Processual Civil*. vol II, p. 31.

²⁰⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito Processual Civil*. vol I, p. 285.

²⁰⁷ Exemplo dado por CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito Processual Civil*. vol II, p. 32.

O poder de documentação é referido por CHIOVENDA como aquele que obriga o registro de todos os atos que ocorrem perante os órgãos jurisdicionais, como os termos de audiência, provas, notificações²⁰⁸.

A distribuição de funções da jurisdição em diferentes graus ou instâncias não é bem vista por Chiovenda, que entende que tal pluralidade é incompatível com a noção de Estado moderno, porque não haveria subordinação dos juízes inferiores aos superiores. Tal explicação está no fato de que a aplicação da lei não depender dos juízes, mas da própria lei em si²⁰⁹.

O Autor explica que há diferentes opiniões a respeito da divisão da jurisdição em graus. Há quem veja de forma positiva esta divisão por questões de ordem prática, para obtenção de melhores decisões; também inspiraria maior confiança da opinião público, pelo fato de uma demanda ser analisada por mais de um juiz; caso houvesse algum erro na apreciação do caso, o segundo juiz poderia corrigi-lo; ainda, o fato de existir um controle estimularia o juiz inferior a melhor julgar. Por outro lado, existe também críticas, como os que afirmam que é ilógico em relação à essência da jurisdição dividi-la em diferentes instâncias, e também, que tal divisão teria como pressuposto que o juiz superior seria melhor que o inferior, pois sua atividade estaria suficientemente prestada com críticas à sentença proferida pelo juiz inferior. Entre os prós e os contras em relação à pluralidade de instâncias dentro da jurisdição, o fato é que, mesmo nos sistemas modernos, essa divisão manteve-se²¹⁰. Dentro desta pluralidade de instâncias, haveria uma última, que não poderia ser chamada de “terceira instância”, alerta CHIOVENDA. Isso porque, não haveria uma nova discussão sobre toda a relação jurídica objeto da controvérsia, o que pressupõe uma nova cognição exauriente da causa, com a produção de novas provas. Também não pode ser considerada uma *revisão* tal como os alemães tem, na qual o juiz parte das verificações de fato já realizadas pelo juiz inferior para, apenas, aplicar o direito à relação jurídica substancial²¹¹.

²⁰⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito Processual Civil*. vol II, p. 34.

²⁰⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito Processual Civil*. vol II, p. 97 e ss. CHIOVENDA, *Principios de Derecho Procesal Civil*. Tomo I, p. 466 e ss.

²¹⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito Processual Civil*. vol II, p. 98 e 99. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Tomo I, p. 466 e ss.

²¹¹ A Corte de Cassação, segundo CHIOVENDA, seria chamada a atuar em duas hipóteses. A primeira é quando é preciso rever o julgamento do juiz inferior para verificar se há ou não uma norma abstrata de lei cuja a vontade é aplicável ao caso discutido na demanda. Dentro desta hipótese, em regra, a Corte não analisará fatos, nem aplicará o direito ao caso concreto; ela analisa, apenas, se há violação ou uma

Em síntese, a *teoria declaratória da jurisdição* pode ser assim chamada em razão da *postura* do juiz *diante do ordenamento jurídico*, em atividade meramente *declaratória*.

Neste panorama, a interpretação feita pelo juiz não podia ser mais que *simples ato de cognição para a descoberta do significado intrínseco e preexistente à atividade interpretativa, que necessariamente deveria resultar em uma única resposta correta, a vontade do legislador ou a vontade da lei*.

O raciocínio judicial era *lógico-silogístico*, em que, para chegar-se à conclusão (decisão) para o caso concreto, bastava a demonstração da premissa maior (a lei), e da premissa menor (os fatos da causa juridicamente relevantes). A *jurisdição* era um meio apto apenas para tutelar *direitos individuais já violados*. Desta forma, a eficácia da sua função não ultrapassava o caso concreto. Seu objetivo era resolver conflitos.

A consequência desta teoria da jurisdição foi o afastamento e a distanciação da função jurisdicional em relação à função legislativa.

2.3 OS EFEITOS PRÁTICOS DA *TEORIA DECLARATÓRIA DA JURISDIÇÃO* NO ÂMBITO DO PROCESSO CIVIL: O CONTRADITÓRIO, A FUNDAMENTAÇÃO E A JURISPRUDÊNCIA

O estudo das teorias sobre a jurisdição não tem consequências ser meramente teóricas e abstratas. Muito pelo contrário, a adoção de determinada concepção de *jurisdição* pode *influir* no desenvolvimento de importantes institutos do *processo civil*. Desta forma, para atestarmos nossa hipótese, analisaremos o contraditório, a fundamentação e a jurisprudência no contexto da *teoria declaratória da jurisdição*.

falsa aplicação da lei. Se existir, a decisão é cassada e remetida ao juiz inferior para que produza nova sentença sobre a causa. A segunda hipótese de atuação da Corte de Cassação é para análise e verificação de algum defeito na constituição e desenvolvimento da relação jurídica processual. Tais defeitos podem ser nulidade não sanadas no curso do processo, como aqueles referentes à citação, contradição na sentença, ou decisão ultra ou extra petita. Há, neste exemplo, a necessidade de a Corte analisar fatos sobre a atividade processual. Se verificado o defeito, a Corte, neste caso, decidirá sobre a existência e o desenvolvimento regular da relação processual, e proferirá novo julgamento sobre a causa. Isso quer dizer que nesta hipótese, a Corte não cassará a decisão inferior, mas sentenciará sobre a demanda. Nesse sentido: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito Processual Civil*. vol II, p. 101-103.

2.3.1 O Contraditório

O contraditório era matéria secundária dos processualistas dos oitocentos e do início dos novecentos²¹². Como consequência da adoção da *teoria declaratória da jurisdição*, o contraditório era tido como instrumento destinado apenas às partes, resumindo-se ao binômio *informação-reação*²¹³, cuja função primordial era a de discussão das *questões de fato* pelas partes²¹⁴.

Sua origem²¹⁵ encontrava-se no brocardo romano “*audiatur et altera pars*”²¹⁶, que representava a dialética processual²¹⁷, que permitia às partes manifestarem-se sobre as alegações umas das outras antes do juiz decidir a causa. O direito de defesa, por sua vez, estava associado a esta ideia: a imposição da decisão judicial só poderia ser feita após ser assegurada a possibilidade de manifestação e defesa no processo²¹⁸. Assim, a *ratio* do

²¹² PICARDI, Nicola. “*Audiatur et altera pars: As Matrizes Históricas-Culturais do Contraditório*”. In: *Jurisdição e Processo*. Organizador e revisor técnico da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 137-138. Podemos confirmar esta afirmação de PICARDI, quando observamos, por exemplo, que o *Manual de Derecho Procesal Civil* de WACH – que foi amplamente estudado pela doutrina oitocentista e do início dos novecentos, tanto na Alemanha quanto na Itália – não possui capítulo específico para tratar do contraditório.

²¹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito Processual Civil*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. vol. I. p. 223.

²¹⁴ Conforme ressalta DINAMARCO: “*É do passado a afirmação do contraditório exclusivamente como abertura para as partes, desconsiderada a participação do juiz.*” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito Processual Civil*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. vol. I. p. 220.)

²¹⁵ Sobre a origem da noção de contraditório, amplamente: PICARDI, Nicola. “*Audiatur et altera pars: As Matrizes Históricas-Culturais do Contraditório*”. In: *Jurisdição e Processo*. Organizador e revisor técnico da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 127-144.

²¹⁶ Conforme reconhece a doutrina: CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito Processual Civil*. vol II. p. 293; THEODORO JÚNIOR, Humberto. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *REPRO*, vol. 168. Fev/2009. p. 107 e ss; CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *REPRO*, vol. 126. Ago/2005. p. 59 e ss.

²¹⁷ Conforme CARLOS ALBERTO Alvaro de Oliveira já referia: “*(...) condiz com a estrutura dialética do processo: a simetria (...)*”. (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. *REPRO*, vol. 71. Jul/1993. p. 31 e ss.)

²¹⁸ CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *REPRO*, vol. 126. Ago/2005. p. 59 e ss.

contraditório era justamente propiciar oportunidades de reação às partes, após a informação do prejuízo real ou potencial que o litigante estaria sofrendo ou poderia vir a sofrer.²¹⁹

O direito ao contraditório era reconhecido como o direito de estar presente no processo, de ser comunicado a respeito da realização de atos processuais, com a consequente outorga da faculdade de manifestação a respeito. Tal oportunidade era concedida a ambas as partes pelo juiz que, ao fazê-lo, provava a sua imparcialidade, ao mesmo tempo que, assegurava a igualdade formal entre as partes²²⁰, pois evitava a ocorrência de posições jurídicas desfavoráveis a uma delas²²¹.

Nessa perspectiva, o contraditório exauria-se com a audiência bilateral, consubstanciada no binômio *informação-reação*²²².

A *informação* constitui a ciência necessária de todos os atos processuais que poderiam causar gravame a uma das partes, perfectibilizada através da citação, da intimação e das cartas. E a *reação* consiste no dever de o juiz de oportunizar que a parte manifeste-se sobre o ato processual do qual foi cientificada, podendo “*contra argumentar as razões da parte adversa, examinar os autos do processo, dirigir requerimento ao Estado-juiz, formular perguntas a testemunhas e quesitos periciais, sustentar oralmente em audiências, em grau de recurso ou no plenário*”²²³.

Hoje, tem-se que essas ideias denotam a noção de *contraditório fraco*, meramente *formal*.

Esta concepção estava ligada à visão do processo como instrumento particular, capaz apenas de pacificar o conflito existente entre as partes. Tal visão ortodoxa

²¹⁹ CABRAL, Antônio do Passo. "Princípio do Contraditório". In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (org); TORRES, Silvia Faber (sup). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2011. p. 194.

²²⁰ Também referida como “simetria” entre as partes, nesse sentido: THEODORO JÚNIOR, Humberto. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *REPRO*, vol. 168. Fev/2009. p. 107 e ss.

²²¹ CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *REPRO*, vol. 126. Ago/2005. p. 59 e ss.

²²² Também denominado: *conhecimento-reação*, conforme: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p. 647.

²²³ CABRAL, Antônio do Passo. "Princípio do Contraditório". In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (org); TORRES, Silvia Faber (sup). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2011. p. 195.

do conteúdo do contraditório – que o restringia ao âmbito das partes – era reflexo da visão patrimonialista e individualista do processo, popular na doutrina e jurisprudência brasileira e europeia, que entendiam que somente o dano (ou o risco de dano) de qualquer das partes ou terceiros interessados que garantiria o direito de se manifestarem e de serem ouvidas no processo²²⁴.

Também, eram apenas as partes os destinatários do contraditório, sendo que o órgão jurisdicional tinha comente a função de intimar as partes contrárias, de modo passivo frente ao conteúdo das manifestações. Assim, do ponto de vista do seu conteúdo, o direito ao contraditório era identificado como a simples bilateralidade da instância, dirigindo-se tão somente às partes, realizado-se apenas com a observância do binômio conhecimento-reação. Isto quer dizer que, basta uma parte ter o direito de conhecer as alegações feitas no processo pela outra, que estaria-se garantido o contraditório, mediante a oportunização da manifestação. “*Semelhante faculdade estende-se igualmente à produção de prova. Trata-se de feição do contraditório própria à cultura do Estado Liberal, confinando as partes, no fundo, no terreno das alegações de fato da respectiva prova*”.²²⁵

Sob a perspectiva da *teoria declaratória da jurisdição*, não havia espaço para as partes discutirem questões que fugissem àquelas atinentes aos *atos da causa*, ou melhor, que não fossem aquelas relativas às provas produzidas no processo. Se cabia ao juiz descobrir e declarar a *vontade da lei*, em hipótese alguma imaginar-se-ia que as partes pudessem discutir sobre o sentido que deveria ser outorgado à lei, na medida em que a norma era preexistente à atividade do intérprete, cujo resultado da atividade interpretativa só poderia consistir em uma resposta única correta para o caso.

Assim, o contraditório tinha o seu *conteúdo* satisfeito com a bilateralidade de instância, mediante o cumprimento do binômio informação-reação. Seu *âmbito de aplicação* estava adstrito às partes, sendo destinado a elas unicamente. E, quanto à sua

²²⁴ CABRAL, Antônio do Passo. "Princípio do Contraditório". In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (org); TORRES, Silvia Faber (sup). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2011. p. 194.

²²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p. 647.

função, correspondia à tutela do direito de defesa, da igualdade entre as partes, e da imparcialidade do juiz²²⁶.

Veja-se que não pretendemos diminuir ou negar que esta visão de contraditório não tenha sido relevante para o processo civil em um determinado momento histórico. Pelo contrário, as garantias da ciência dos atos e da oportunização de manifestação das partes foram importantes bandeiras levantadas pelo contraditório²²⁷. Contudo, adotado o não cognitivismo como pressuposto, o direito ao contraditório alcança uma dimensão muito mais ampla que extrapola o âmbito das partes, conforme veremos na segunda parte deste trabalho.

2.3.2 A Fundamentação

A fundamentação das decisões judiciais, dentro da perspectiva da *teoria declaratória da jurisdição*, consistia na demonstração do raciocínio lógico-silogístico realizado pelo juiz na *aplicação* do direito ao caso concreto. Essa era a estrutura fundamental da motivação e do processo decisório realizado pelo juiz.²²⁸

Assim, para uma decisão ser considerada motivada²²⁹, bastava a demonstração lógica de qual *norma* estava sendo aplicada ao caso (*premissa maior*), quais eram os *fatos relevantes* da causa (*premissa menor*) e a conclusão lógica desta operação, que era a própria *decisão* válida para as partes²³⁰. LIEBMAN assim entendia:

²²⁶ OLIVEIRA, Rodrigo Führ de. *O contraditório e a motivação no Processo Civil. Do cognitivismo interpretativo ao ceticismo moderado*. 2013. 72 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. p. 33-36.

²²⁷ É o que também assevera: CABRAL, Antônio do Passo. "Princípio do Contraditório". In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (org); TORRES, Silvia Faber (sup). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2011. p. 194.

²²⁸ TARUFFO, Michele. *La Motivazione della Sentenza Civile*. p. 11-12.

²²⁹ Aqui usaremos as expressões *fundamentação* e *motivação* como sinônimas, assim como Mitidiero: "(...) afirmava-se que o dever de motivação das decisões judiciais não poderia ter como parâmetro para aferição de correção a atividade desenvolvida pelas partes em juízo. Bastava ao órgão jurisdicional, para ter considerada como motivada sua decisão, demonstrar quais as razões que fundavam o dispositivo [da sentença]. Bastava a não contradição entre as proposições constantes da sentença." (MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e Precedente - Dois discursos a partir da decisão judicial*. REPRO, vol. 206, 2012, p. 63.)

²³⁰ Grifo nosso. PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: Nova Retórica*. p. 33.

Em um estado-de-direito, tem-se como exigência fundamental que os casos submetidos ajuízo sejam julgados com base em fatos provados e com aplicação imparcial do direito vigente; e, para que se possa controlar se as coisas caminharam efetivamente dessa forma, *é necessário que o juiz exponha qual o caminho lógico que percorreu para chegar à decisão a que chegou*. Só assim a motivação poderá ser uma garantia contra o arbítrio. Seria de todo desprovida de interesse a circunstância de o juiz sair à busca de outras explicações que não essa, ainda que eventualmente convincente.²³¹

A crença de que a demonstração do silogismo no raciocínio judicial é suficiente para considerarmos como motivada uma decisão judicial tem como pressuposto o *cognitivismo interpretativo* próprio de uma *teoria declaratória da jurisdição*, em que a norma é tida como um dado preexistente, pertencente a um ordenamento jurídico positivo *completo sistema*, cuja interpretação para sua aplicação não passa de uma atividade meramente cognitiva²³².

Se a norma era dada pelo legislador, cabendo ao juiz apenas *descobrir* a *vontade subjetiva* do seu criador, ou, ainda, a *vontade objetiva* da lei, então a atividade jurisdicional exauria-se com a *declaração* da norma e a aplicação do direito já criado pelo legislador²³³, mediante simples raciocínio silogístico²³⁴. Para a solução de qualquer controvérsia jurídica era suficiente o emprego de um raciocínio puramente lógico e mecânico para aplicação da lei²³⁵.

Assim, a missão do juiz deveria ficar limitada a revelar a *vontade da lei* – já que a norma estaria pronta antes mesmo da instauração do processo, quando publicada a lei dada pelo legislador – o que significa dizer que, na perspectiva da teoria da declaratória da jurisdição, toda a tentativa de fundamentação poderia explicitar a compreensão que o

²³¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão reflexões sobre a motivação da sentença. *REPRO*, vol. 29. Jan/1983. p. 79 e ss.

²³² TARUFFO, Michele. *La Motivazione della Sentenza Civile*. p.163.

²³³ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. p. 140.

²³⁴ MICHELE TARUFFO assim constata: “*In effetti, la doutrina del sillogismo giudiziale, più che descrivere il giudizio, costruisce un modello astratto e ideale di giudizio: viene prospettata una situazione in cui la norma è un dato preesistente, in ordinamento positivo completo e sistematizzato, la cui interpretazione in vista dell’applicazione al caso concreto consiste in un’attività essenzialmente conoscitiva a caratte sistematico. Si pressupone inoltre un’attività di questo genere sia in ogni caso necessaria e sufficiente, senza che debbano intervenire operazioni ed apprezzamenti non riducibili entro il modulo del polysillogismo.*” (TARUFFO, Michele. *La Motivazione della Sentenza Civile*. Padova: Cedam, 1975. p. 163-164.)

²³⁵ VIOLA, Francesco. *Orientamenti storici in tema di interpretazione della legge*. p. 64

juiz tinha a respeito do sentido do texto normativo de forma pessoalizada, o que não lhe era permitido. Era lhe permitido apenas declarar a *vontade da lei*²³⁶.

2.3.3 A Jurisprudência

Se teoria declaratória da jurisdição pressupõe uma *teoria cognitivista* da interpretação, isto quer dizer que só existe um único significado normativo unívoco que está incorporado ao texto legislativo. Sob este aspecto, a atividade jurisdicional não passa de mera descoberta do direito já criado pelo legislador, com a sua consequente aplicação ao caso concreto²³⁷.

Assim, por meio das decisões judiciais as normas que são dadas pelo legislador são apenas *descobertas* e *aplicadas* ao caso. Desta forma, a atividade jurisdicional em nada colabora ou acrescenta à ordem jurídica, na medida em que apenas o declara o direito. Isso quer dizer que, quando há um conjunto de decisões judiciais reiteradas em um determinado sentido²³⁸, estas podem ser consideradas, no máximo, apenas como uma *jurisprudência uniforme*. A jurisprudência, neste aspecto, pode ser tomada apenas como parâmetro para o julgamento de casos semelhantes posteriores submetido à jurisdição. Sua força é, no máximo, persuasiva perante o juiz que a considera e a aplica a outros casos, nunca vinculante²³⁹.

Entretanto, a forma de utilização da jurisprudência como parâmetro para o julgamento de outros casos é problemática, e isso por duas razões. A *primeira* porque a jurisprudência acaba sendo utilizada em ementas, enunciados textuais, que na maioria das vezes estão abstraídos do caso fático que lhe deu origem. Os textos que constituem a

²³⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Epistemologia das Ciências Culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 86.

²³⁷ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: RT, 2013. p. 42-49.

²³⁸ De acordo com TARUFFO: “*Como se aludiu, a jurisprudência é formada por um conjunto de sentenças, ou melhor: por um conjunto de subconjuntos ou de grupos de sentenças, cada um dos quais pode incluir uma elevada quantidade de decisões.*” (TARUFFO, Michele. *Precedente e Jurisprudência*. Tradução: Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim Wambier e André Luís Monteiro. *REPRO*, vol. 199. Set/2011. p. 139 e ss.)

²³⁹ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: RT, 2013. p. 44-54.

jurisprudência não incluem os fatos que foram tomados como relevantes para a tomada da decisão e da consequente conclusão jurídica que está sendo reproduzida. Isso leva ao *segundo* problema, que consiste na ausência de comparação dos fatos para o emprego da jurisprudência como parâmetro para julgamento. Não é verificado quais os fatos foram levados em conta para a formação da jurisprudência, nem, quais os fatos do caso concreto que podem ser análogos ao das decisões judiciais que formaram a jurisprudência. A aplicação da jurisprudência acaba ocorrendo como uma subsunção da *fattispecie* sucessiva em uma regra geral. “*Este modus operandi é assim profundamente enraizado nos nossos costumes, de não consideram os fatos, não apenas os enunciados, como também quando se dispõe do inteiro texto da sentença.*”²⁴⁰

Esse modelo de reprodução de decisões judiciais está alicerçado em um modelo de *Corte Superior*²⁴¹ típica da visão de uma jurisdição como mera declaração de direitos. Isso porque, este modelo de Corte Superior também pressupõe, no âmbito da Teoria do direito, a adoção do *cognitivismo interpretativo* e a declaração da norma jurídica preexistente. Diante dessas premissas, a sua função consiste em controlar a legalidade das decisões judiciais, isto é, controlar a observância ou não da lei, para a que a *aplicação do direito se dê uniformemente em todos os graus da jurisdição*²⁴². Note-se, portanto, que a uniformização da jurisprudência está ligada à ideia de uniformidade da *aplicação* da lei, não com a ideia de interpretação.

²⁴⁰ TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. Tradução: Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim Wambier e André Luís Monteiro. *REPRO*, vol. 199. Set/2011. p. 139 e ss.

²⁴¹ MITIDIERO distingue e compara dois modelos de cortes de vértice da organização judiciária, a Corte Superior e a Corte Suprema. Sobre o perfil e estrutura destes modelos: *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: RT, 2013.

²⁴² MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: RT, 2013. p. 33-35.

PARTE II – O CETICISMO MODERADO INTERPRETATIVO E JURISDIÇÃO COMO RECONSTRUÇÃO DO SENTIDO DOS TEXTOS NORMATIVOS

“... mostra-se inadequado outorgar função puramente declaratória à jurisdição, pois acaba por apoucar o papel do juiz e das partes ao longo do processo. Na realidade, a jurisdição, longe de declarar o direito, opera verdadeira reconstrução da ordem jurídica mediante o processo.” Carlos Alberto Alvaro de Oliveira²⁴³

Na primeira parte deste trabalho, demonstramos que a *teoria declaratória da jurisdição* está diretamente ligada à concepção *cognitivista* da interpretação jurídica e ao raciocínio *lógico-silogístico* de interpretação e aplicação do direito, cuja origem encontra-se delineada na cultura jurídica dos oitocentos e do início dos novecentos, mais precisamente na *École de l'Exégèse*, na Escola Histórica do direito²⁴⁴ e na *Begriffsjurisprudenz*.

Vimos que o *cognitivismo interpretativo* compreendia a *atividade* do intérprete como meramente *descritiva* de significado. Em outras palavras, é dizer que o intérprete estava limitado a praticar apenas *atos de conhecimento* para *descobrir* o significado *intrínseco* e *inequívoco* do texto normativo²⁴⁵. A potencial *equivocidade* dos textos normativos e a *vagueza* dos predicados não eram problemas conhecidos por esta teoria da interpretação jurídica²⁴⁶, razão pela qual o juiz era considerado como *a boca da lei*, e a jurisdição um *poder nulo*²⁴⁷. Assim, o juiz, ao desempenhar a sua atividade, em nada contribuiria para o desenvolvimento do direito, visto que seu papel era *passivo* e *indiferente*²⁴⁸ perante a ordem jurídica.

²⁴³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil: proposta de um Formalismo-Valorativo*. 4ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 21

²⁴⁴ Conforme aponta Ovídio Baptista em: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Epistemologia das Ciências Culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 80.

²⁴⁵ Essa distinção é feita com maiores detalhes por GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. p. 408 e ss, e utilizada especialmente no que toca ao discurso científico do direito por: ÁVILA, Humberto. *Função da Ciência do direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo*. p. 184-ss.

²⁴⁶ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. p. 410.

²⁴⁷ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Livro Décimo Primeiro, VI, p. 171-172.

²⁴⁸ Tal como afirmava: MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Livro Décimo Primeiro, VI, p. 171-172.

Historicamente, existiram diversos *movimentos e escolas do pensamento jurídico* que se mostraram contrários ao *cognitivismo interpretativo*, como o *Movimento do direito Livre* e a *Teoria Pura do direito*²⁴⁹, cuja compreensão a respeito do direito repelia ideia de que a lei apresentaria apenas um único significado passível de conhecimento pelo juiz.

Essas novas ideias que surgiram em *reação* ao *cognitivismo interpretativo* anos mais tarde influenciaram a formação do *Realismo Genovês* (ou *ceticismo interpretativo da Escola de Gênova*)²⁵⁰, que pressupunha a distinção básica entre *texto e norma*. Nesta nova *concepção genovesa*, a norma é o sentido que é dado texto pelo intérprete, mediante atividade *descritiva* e *adscritiva* de significados. Mais precisamente, o intérprete, para esta teoria, não praticaria apenas *atos de conhecimento*, mas também *atos de vontade*, na medida em que os textos normativos são potencialmente *equívocos*, isto é, podem apresentar mais de um significado. Assim, a tarefa do intérprete – que neste caso é o juiz – deixa de ser a *descoberta da vontade da lei*, para transformar-se na *reconstrução do sentido dos textos normativos*, mediante a atividade de *individualização* dos significados reconhecidos a partir do texto, para posterior *valoração e escolha* de um dos diversos significados, em detrimento aos demais²⁵¹.

Importa, agora, compreender o desenvolvimento e a ideia de uma *teoria cética moderada da interpretação jurídica*, assim como a compreensão do raciocínio judicial a partir da *lógica-argumentativa*, para, num segundo momento, demonstrarmos como isso influenciou de forma decisiva em nossa visão sobre jurisdição.

²⁴⁹ BARBERIS, Mauro. Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione. In: GUASTINI, Riccardo; COMANDUCCI, Paolo. *Analisi e diritto 2004*. Ricerche di giurisprudenza analitica. Torino: Giappichelli, 2005. p. 10.

²⁵⁰ “*El realismo metodológico es, dicho de manera muy simple, una teoría escéptica sobre la interpretación.*” (GUASTINI, Riccardo. El Realismo Jurídico redefinido. *Revista Brasileira de Filosofia*. Ano 62, vol. 240, jan-jun/2013. p. 27.)

²⁵¹ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 51. GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. p. 45 e ss; MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. p. 55.

1. A TEORIA CÉTICA MODERADA DA INTEPRETAÇÃO JURÍDICA E O RACIOCÍNIO JUDICIAL LÓGICO-ARGUMENTATIVO

A compreensão do direito passou por profundas transformações dos oitocentos até hoje, dentre as quais, três são relevantes para o presente estudo²⁵².

A primeira transformação é relativa à *teoria das normas*. Na perspectiva dos oitocentos e do início dos novecentos a *norma* era sinônimo de *regra*. Os *princípios* eram compreendidos apenas em uma dimensão pré-legislativa como *fundamentos* para as normas, e não como normas em si. Entretanto, atualmente as normas estão compreendidas em três espécies: *princípios, regras e postulados*²⁵³. A primeira espécie, os *princípios*, passam a ganhar *força normativa*²⁵⁴, na medida em que servem como normas finalísticas ao imporem um *estado ideal* de coisas a ser perseguido²⁵⁵. Já a segunda, as *regras* consistem em normas que impõe a adoção de uma conduta imediata²⁵⁶. E os *postulados*, a terceira espécie normativa, servem para orientar na aplicação de outras normas²⁵⁷. Essa mudança *qualitativa* no âmbito da *teoria das normas* veio acompanhada de uma *quantitativa*: a multiplicação das fontes. A *plenitude* dos *códigos oitocentistas* não mais existe nos códigos atuais que convivem com diversas legislações esparsas. O ordenamento jurídico passa a ser mais complexo do que fora anteriormente²⁵⁸.

²⁵² Importante constatação é feita neste sentido por MITIDIERO, dentro do paradigma do Estado Legislativo e do Estado Constitucional: “*Como é sabido, a passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional acarretou uma tríplce alteração no que concerne à compreensão do direito. Essas três grandes mudanças fizeram com que o processo deixasse de ser pensado simplesmente como um perfil subjetivo, pré-ordenado somente para a resolução de casos concretos em juízo.*” (MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. p. 13)

²⁵³ Aqui nos valem preponderantemente das lições de ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2014. (1ª edição 2003), entretanto, sem ignorar as teorias desenvolvidas por ROBERT ALEXY, RONALD DWORKIN – no âmbito internacional – e por MARCELO NEVES – no âmbito nacional.

²⁵⁴ Nesse sentido: GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 185 e ss. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2014. p.102 e ss. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.87 e ss. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi, 1992. p. 147 e ss.

²⁵⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. p. 102-103.

²⁵⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. p. 103.

²⁵⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. p. 164-165 e 177.

²⁵⁸ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. p. 13-14.

A segunda mudança concerne à *técnica legislativa*. Desde a Escola da Exegese, os códigos eram redigidos de forma *casuística*, objetivando a *completude*. Hoje, além da técnica *casuística*, nossa legislação é redigida a partir da técnica *aberta*, com a utilização de conceitos jurídicos indeterminados e cláusula gerais, que permitem uma maior maleabilidade da legislação à riqueza do mundo dos fatos²⁵⁹.

E, por último – e mais importante para este trabalho –, houve uma mudança na compreensão da *interpretação jurídica*. A interpretação realizada pelo órgão jurisdicional não corresponde mais à *descoberta da vontade da lei*, mas na *reconstrução* do sentido normativo dos dispositivos textuais criados pelo legislador, a partir de uma perspectiva *cética moderada* e *lógico-argumentativa* do direito. Isso quer dizer que o *texto* dado pelo legislador não é a *norma* pronta e acabada. Ele precisa da atividade do intérprete para ter seu sentido adscrito. Nesta mesma linha de raciocínio, o direito deixa de ser tido como algo suscetível de conhecimento, ou seja, algo que precisa ser descoberto, para ser encarado como algo *construído* mediante *argumentação*²⁶⁰.

O importante é que a transformação da visão da compreensão do direito repercute diretamente na visão sobre o *instrumento* de realização prática do direito, o *processo civil*²⁶¹, assim como sobre a *jurisdição*.

E a hipótese trabalhada pesquisa é que, no âmbito da *teoria do direito*, a concepção a respeito da *interpretação judicial* é o que determina a ideia de *jurisdição* no contexto do *processo civil*.

Por esta razão, visitaremos brevemente aspectos histórico-jurídicos que colaboraram para o desenvolvimento da *teria cética da interpretação jurídica*, a partir da reação ao *racionalismo* e à concepção cognitivista e lógica do raciocínio judicial.

²⁵⁹ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. p. 14.

²⁶⁰ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*. p. 14-15.

²⁶¹ Importante constatação é feita neste sentido por MITIDIERO, dentro do paradigma do Estado Legislativo e do Estado Constitucional: “Como é sabido, a passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional acarretou uma tríplice alteração no que concerne à compreensão do direito. Essas três grandes mudanças fizeram com que o processo deixasse de ser pensado simplesmente como um perfil subjetivo, pré-ordenado somente para a resolução de casos concretos em juízo.” (MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. p. 13)

1.1 A REAÇÃO AO COGNITIVISMO INTERPRETATIVO E À LÓGICA-SILOGÍSTICA

Ainda nos oitocentos, o *cognitivismo interpretativo* e o raciocínio judicial baseado na *lógica-silogística* foram criticados por correntes *antilogicistas* e *antiformalistas*²⁶², como a *Jurisprudência dos Interesses* (*Interessenjurisprudenz*), a *Jurisprudência dos Valores* (*Wertungsjurisprudenz*).

A *Jurisprudência dos Interesses* (*Interessenjurisprudenz*) foi fundada por PHILIPP HECK, influenciado pelas ideias da *segunda fase* de RUDOLF VON JHERING²⁶³, e consistiu em uma corrente do pensamento jurídico que questionou o uso isolado da lógica o raciocínio judicial para solução de casos²⁶⁴. Tratava-se de uma reação à *Jurisprudência dos Conceitos*, que limitava a compreensão da atividade do juiz à mera subsunção lógica da matéria de fato aos conceitos jurídicos. Isso pressupunha a ideia do ordenamento jurídico como um sistema fechado de conceitos legais, que seria suficientemente aplicado mediante o simples emprego do primado da lógica²⁶⁵.

E HECK, e com ele toda a *Interessenjurisprudenz*, tinha analogamente uma das notas mais salientes do seu pensamento jurídico-metodológico na crítica da aplicação subsuntiva ou lógico-dedutiva do direito, que substituía por uma compreensão prático-valorativa da decisão jurídica concreta, ao mesmo tempo que via nesta, e não na construção lógico-dogmática, o objetivo principal a atender – “o problema da obtenção do direito através da sentença judicial está no centro da metodologia jurídica”²⁶⁶.

O centro gravitacional do pensamento jurídico passou da *lógica* para os *interesses*. Assim, a *Ciência Dogmática do direito* cedeu lugar à *Ciência Prática do direito*,

²⁶² Conforme aponta TARUFFO TARUFFO, Michele. *La Motivazione della Sentenza Civile*. p. 135-136.

²⁶³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Epistemologia das Ciências Culturais*. p. 73.

²⁶⁴ Entretanto, é necessário frisar que a *Jurisprudência dos Interesses* não menospreza a lógica em todos os seus sentidos, conforme: PHILIPP HECK: “... mas há que se distinguir: não se nega a lógica da atividade judicial, simplesmente se afirma que essa lógica não é a do pensamento discursivo, mas sim a do pensamento emocional: o seu ideal não é verdade, mas o valor dos resultados do pensamento, para os interesses e para a vida.” (HECK, Philipp. *Interpretação da Lei e Jurisprudência dos Interesses*. Tradução: José Osório. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 13.)

²⁶⁵ LARENZ, Karl. *Metologia da Ciência do direito*. p. 64.

²⁶⁶ NEVES, António Castanheira. *Digesta. Escritos acerca do direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*. p. 197.

cujos objetivos eram facilitar a atividade do juiz na investigação da lei e nas avaliações das relações da vida, a fim de preparar a decisão adequada ao caso. A finalidade da função judicial era, desta forma, dar solução ao caso concreto, mediante a satisfação das necessidades, vontades e interesses da vida, sejam materiais ou não. O direito era, portanto, a tutela dos *interesses*.²⁶⁷

A *Jurisprudência dos Interesses* rejeita o fundamento da Escola Conceitual de completude e suficiência da lei. A ideia de que os códigos sempre apresentariam solução para todos os casos da vida real era refutada em razão de, na prática, identificarem-se lacunas nas leis²⁶⁸. Segundo a perspectiva dos *interesses*, o juiz deveria preencher as lacunas da lei, pois reconhecia-se que o papel desenvolvidor do direito na função jurisdição, diferentemente do que se afirmava na perspectiva *conceitual*, de que a jurisdição era fiel ao significado intrínseco e inequívoco da lei²⁶⁹. A expressão “*vontade do legislador*”, cerne da atividade interpretativa do juiz dos oitocentos, era explicado pela *Jurisprudência dos Interesses* não como a descoberta da vontade psicológica do autor do texto normativo, mas sim como a “*designação que engloba todos os interesses da comunidade vigente da lei*”²⁷⁰.

De qualquer forma, a *Jurisprudência dos Interesses* não chegou a se afastar verdadeiramente do *Positivismo Jurídico*. Não obstante, teve o condão de influenciar de modo libertador uma geração de juristas educados em um pensamento formalista em estrita obediência ao positivismo legalista, para que pudesse visualizar a atividade judicial como aquela que se vale de valores e *interesses* no reconhecimento e na aplicação da lei ao caso concreto, e não apenas do sentido literal e da lógica para a solucionar problemas jurídicos²⁷¹.

²⁶⁷ Mais precisamente: “*Significa isto que os preceitos legislativos – que também para HECK constituem essencialmente o direito – não visam apenas delimitar interesses, mas são, em si próprios, produtos de interesse.*” Esclarecimento feito por: LARENZ, Karl. *Metologia da Ciência do direito*. p. 65

²⁶⁸ Conforme bem anota LARENZ: “*HECK rejeita, com razão, a ideia de que a lei dispõe para qualquer caso pensável de uma solução, a averiguar por meio de subsunção às normas dadas – a ideia, enfim, de que a lei ‘não tem lacunas’.*” (LARENZ, Karl. *Metologia da Ciência do direito*. p. 70.)

²⁶⁹ É o que afirma LARENZ, Karl. *Metologia da Ciência do direito*. p. 69/70 ao se referir ao HECK, Philipp. *Interpretação da Lei e Jurisprudência dos Interesses*. Tradução: José Osório. São Paulo: Saraiva, 1947. p. 22-24.

²⁷⁰ HECK, Philipp. *Interpretação da Lei e Jurisprudência dos Interesses*. p. 71

²⁷¹ LARENZ, Karl. *Metologia da Ciência do direito*. p. 69

Essa visão têm importantes contribuições com um ponto em comum de alta significação. Elas permitiram que a norma – que deveria ser o texto, expressão da “*vontade da lei*” – fosse aberta a interpretação, de modo que o intérprete visse através do texto, o sentido da norma jurídica e suas múltiplas significações, segundo o contexto histórico e cultural vivido pelo intérprete. Desta forma, a norma a ser aplicada não era mais representada pelas “*palavras da lei*”, como queriam os juristas e filósofos dos oitocentos e início dos novecentos, mas pelo sentido variável, historicamente contextualizado.²⁷²

Da *Jurisprudência dos Interesses* foi-se à *Jurisprudência dos Valores*, que entende que “*as valorações do legislador assim identificadas permitem extrair resultados, quer para interpretação da lei, quer como, em certas circunstâncias, para a resolução de casos por ele não diretamente regulados, mas a tratar analogamente à luz dos critérios da valoração.*”²⁷³ Esta vertente do pensamento jurídico opõe-se à ideia de que o juiz é capaz de chegar à decisão de todos os casos a ele submetidos estritamente com base na lei. E isto por uma simples razão: a lei precisa ser interpretada, e a interpretação pode ser mais ou menos discricionária, o que requer do juiz – o seu intérprete – a emissão de juízos de valores sobre o seu significado. A *Jurisprudência dos Valores*, ainda, contrapõe-se à noção de que a fundamentação judicial demonstraria o raciocínio silogístico realizado pelo juiz para decidir o caso²⁷⁴.

Interessante notar que a *logicidade* do raciocínio jurídico permaneceu de forma mais expressiva nos países de *Civil Law* do que na *Common Law*. A causa provável é a presença das *Codificações* nestes países e a concepção *sistemática* e *conceitual* do ordenamento jurídico, cuja aplicação era tida como lógica-dedutiva. O princípio ordenador do sistema era compreendido em uma perspectiva dedutiva, em que a decisão judicial é mera consequência lógica do sistema, cuja solução só podia ser considerada válida para o caso concreto, deduzida de uma norma geral e abstrata constante no sistema, previamente dada pelo legislador²⁷⁵. Este modelo de raciocínio judicial via o direito como pura expressão da razão e da lógica.

²⁷² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Epistemologia das Ciências Culturais*. p. 73-74

²⁷³ LARENZ, Karl. *Metologia da Ciência do direito*. p. 164

²⁷⁴ É o que podemos inferir a partir das ideias expostas por: LARENZ, Karl. *Metologia da Ciência do direito*. p. 166-172.

²⁷⁵ TARUFFO, Michele. *La Motivazione della Sentenza Civile*. p. 133.

No final dos oitocentos e no início dos novecentos, a Europa presenciou, mais precisamente na Alemanha e na França, uma outra contracorrente ao *racionalismo*: o *Movimento do direito Livre*²⁷⁶.

Na Alemanha, o precursor²⁷⁷ do *Freirechtsbewegung* foi OSKAR BÜLOW a partir da publicação do ensaio *Gesetz und Richteramt*²⁷⁸ (1885), cujo objetivo principal era demonstrar que a decisão judicial não era o simples produto da aplicação da norma anteriormente dada pelo legislador ao caso concreto, na medida em que a função jurisdicional é uma atividade criadora de direito²⁷⁹.

BÜLOW sustentava que o poder de criar o direito é confiado ao Estado não somente por meio do poder legislativo, mas pelo poder judiciário. E a criação do direito estaria no fato de dar a última palavra na determinação jurídica, o que existe não no legislativo, mas no judicial, conforme este autor, “*o poder do Estado, que cria o direito, diz a última palavra não na lei, mas nas determinações jurídicas mediante a função jurisdicional*”²⁸⁰. É a decisão judicial que tem força jurídica.

Já naquela época, BÜLOW sublinhava que se vivia o tempo em que se acreditava na supremacia da lei, deixando-se de lado a real função que a decisão judicial

²⁷⁶ Aqui concordamos com a observação de HERGET e WALLACE ao tratar do direito Livre como Movimento, e não como uma Escola do Pensamento Jurídico em si: “*The free law movement in Germany never attained the status of a "school" of thought such as the "historical school" or the "natural law school." It was much shorter lived, and its enthusiasm and insights were depleted before it came to any resolution of the problems it recognized.*” (HERGET, James E.; WALLACE, Stephen. The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism. *Virginia Law Review*. vol. 73, No. 2 Mar., 1987, p. 401.) Neste mesmo sentido, LLEWELLYN ao referir-se ao direito Livre: “*There is, however, a movement in thought and work about law. The movement, the method of attack, is wider than the number of its adherents. It includes some or much work of many men who would scorn ascription to its banner. Individual men, then. Men more or less interstimulated -but no more than all of them have been stimulated by the orthodox tradition, or by that ferment at the opening of the century in which Dean Pound took a leading part. Individual men, working and thinking over law and its place in society. Their differences in point of view, in interest, in emphasis, in field of work, are huge.*” (LLEWELLYN, Karl N. Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound. *Harvard Law Review*, Vol. 44, No. 8 Jun., 1931, p. 1234.) E também CASTANHEIRA NEVES: “*Trata-se de um movimento ('movimento' no sentido próprio do termo e não 'escola', considerada que seja sua índole sobretudo polêmica e militante e não sistematicamente organizada)*”. (NEVES, António Castanheira. *Digesta. Escritos acerca do direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 193.)

²⁷⁷ Segundo LARENZ, Karl. *Metologia da Ciência do direito*. p. 78.

²⁷⁸ Aqui utilizamos a versão traduzida para o inglês: BÜLOW, Oskar von. Statutory Law and the Judicial Function. Tradução: James E. Herget e Ingrid Wade. *The American Journal of Legal History*. Vol. XXXIX, Jan. 1995. p. 71-92.

²⁷⁹ Ideia principal sintetizada por: LARENZ, Karl. *Metologia da Ciência do direito*. p. 78-79.

²⁸⁰ Tradução nossa de: BÜLOW, Oskar von. Statutory Law and the Judicial Function. p. 76.

ocupava perante a ordem jurídica²⁸¹. O acreditava que o trabalho do legislador não consistiria em criar a ordem jurídica. O legislador apenas produziria um esboço do direito, que posteriormente seria finalizado mediante a atividade do juiz. Em suas palavras, a lei produzida pelo legislador “*ainda não é um direito válido; é apenas um plano, apenas um esboço de uma futura ordem jurídica desejável que o legislador, por ele mesmo, não tem o poder de finalizar.*”²⁸²

A finalidade da criação da lei viria com a atividade judicial que “*ajuda a realizar e a aperfeiçoar o trabalho da criação da ordem jurídica que apenas iniciou pela lei.*”²⁸³

Isso demonstra que já era possível ver em BÜLOW os primeiros traços do não cognitivismo interpretativo²⁸⁴, na medida em que este autor não via na lei o direito pronto e acabado para ser aplicado ao caso concreto. Pelo contrário, ele via na atividade judicial a função de interpretação do produto da atividade do legislador quando afirma que “*sob o véu ilusório da mesma palavra da lei oculta-se uma pluralidade de significações. A lei não nos diz quais delas é a correta. Isto é deixado para o juiz, que pode construir uma unidade interna a partir desta pluralidade de significações, ou escolher o significado que lhe pareça, no uso comum, ser o mais justo.*”²⁸⁵

Isso quer dizer que a interpretação realizada pelo juiz comportava, na ideia de Bülow, tanto *atos de conhecimento* – ao afirmar o *reconhecimento*, pelo juiz, dos diversos significados que o texto normativo pode apresentar – quanto *atos de vontade* – quando diz que o juiz *escolhe* o significado que será outorgado ao texto – para a conformação da norma jurídica. Bülow não chega a nos apresentar critérios pelo quais o

²⁸¹ BÜLOW, Oskar von. *Statutory Law and the Judicial Function*. p. 74.

²⁸² Tradução nossa de: BÜLOW, Oskar von. *Statutory Law and the Judicial Function*. p. 74-75.

²⁸³ Tradução nossa de: BÜLOW, Oskar von. *Statutory Law and the Judicial Function*. p. 74-75.

²⁸⁴ Em verdade, BÜLOW mostrava-se um ceticista radical, isso porque entendia que não havia limites legais na escolha realizada pelo juiz para atribuição do significado ao texto normativo: “*(...) there is nevertheless no statutory order given to him, and there is no legal limit in this choice. Any result that he reaches is approved in advance by state as the correct one and endowed with legal force!*” (BÜLOW, Oskar von. *Statutory Law and the Judicial Function*. p. 89.)

²⁸⁵ Tradução nossa de BÜLOW. E, ainda, este autor afirma de forma mais expressiva: “*It is much more often than one might think that legislator openly confers this trust on the judge. He himself refrains from his own opinion and interpretation of the statutory word and leaves it up to the judge to determine the true meaning and to announce that which he recognizes as right to the parties involved who cannot agree about the meaning of the statute as the final expression of the will of the state.*” (BÜLOW, Oskar von. *Statutory Law and the Judicial Function*. p. 89-90.)

juiz poderia balizar sua decisão de escolha do significado do texto elaborado pelo legislador, o que poderia tornar a decisão judicial racionalmente controlável²⁸⁶.

Igualmente, a rejeição à lógica-silogística também é característica da *Freirechtsbewegung*, conforme assevera LARENZ: “os adeptos do Movimento do direito Livre têm, por conseguinte, razão ao defenderem que o julgamento de um caso de direito sempre exige mais que uma simples dedução lógica, isto é, uma conclusão subsuntiva.”²⁸⁷ Para este Movimento, portanto, tanto a interpretação quanto o processo decisório que são realizados pelo juiz constituem atividades criativas²⁸⁸.

Essas noções representam a ideia principal da *Freirechtsbewegung*, que rejeitava que a atividade jurisdicional estaria consubstanciada apenas em atos de conhecimento e de lógica para a interpretação e a aplicação do direito²⁸⁹. Assim, a decisão judicial não poderia ser compreendida de forma simplista como uma simples dedução feita a partir da norma abstrata (premissa maior) para o caso (premissa menor), como acreditavam os juristas da Escola Histórica do direito e da *Begriffsjurisprudenz*.

Na França, no final dos oitocentos, a expressão deste Movimento foi a *Libre Recherche Scientifique*, cujo expoente foi FRANÇOIS GÉNY com a publicação da obra *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif* (1899).²⁹⁰

GÉNY nasceu na Alsácia e era fluente em alemão, por esta razão foi sensível à influência da *jurisprudência* alemã em seu pensamento. Seus estudos contribuíram para o desenvolvimento da Filosofia do direito na França, principalmente na recepção das ideias

²⁸⁶ LARENZ, Karl. *Metologia da Ciência do direito*. p. 78.

²⁸⁷ LARENZ, Karl. *Metologia da Ciência do direito*. p. 81

²⁸⁸ E aqui concordamos com LARENZ: “tanto a procura da decisão para um caso concreto como a interpretação e a integração da lei por parte da ciência do direito são, efetivamente, atividades criadoras.” (LARENZ, Karl. *Metologia da Ciência do direito*. p. 81.)

²⁸⁹ BÜLOW vai ainda mais além ao afirmar: “...it appears as if the judicial activity would be a pure act of comprehension like any other judging, a logical operation, a deduction for which the statutory provision forms the major premise and the facts of the case form the minor premise. And it is usually believed that the essence of judicial decision and its relationship to the statutes has been correctly so characterized. Were this correct, a difference would certainly come to light between judicial function and statute in the basic establishment and determination of purpose. This would be badly accommodated to the close relationship in which they have previously been brought together. (BÜLOW, Oskar von *Statutory Law and the Judicial Function*. p. 75-76.)

²⁹⁰ HERGET, James E.; WALLACE, Stephen. *The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism*. p. 409.

não cognitivistas do pensamento alemão daquela época²⁹¹. Pela afinidade na forma de pensar a interpretação e a função jurisdicional, o trabalho de GÉNY foi bem recebido pelos alemães, o que tornou este autor um dos maiores colaboradores com o *Movimento do direito Livre*²⁹².

Foi deste autor o mérito de criticar os fundamentos do pensamento característico da *École de l'Exégèse*, de forma compreensível, sem ser radical²⁹³. A visão do direito como lei, que pressupunha os códigos como sistemas completos e suficientes para a solução de qualquer problema jurídico, cuja aplicação consistia em simples procedimento lógico-silogístico²⁹⁴ foi enfrentada a partir das teorias tradicionais da interpretação, e com fontes tradicionais²⁹⁵. Desta forma, o pensamento de GÉNY oscilava entre um cético radical e um ortodoxo quanto às teorias da interpretação para analisar a perspectiva criativa da função jurisdicional.²⁹⁶

No campo da interpretação, a lei não era mais considerada como o direito, mas apenas a sua expressão imperfeita. Reconheceu-se que a *École de l'Exégèse* exagerou no poder outorgado ao legislador, limitando arbitrariamente a função do juiz como intérprete e fonte do direito²⁹⁷.

GÉNY combatia a ideia de que a lógica desempenharia um papel prevalente na aplicação do direito, na medida em que o este deve responder a fins práticos, que são enriquecidos pela convivência social, e que não comportam o uso puro da lógica formal²⁹⁸.

Desta forma, para este autor a legislação, a doutrina, o precedente e até o costume não seriam suficientes para fornecer para todas as situações uma solução. Isso porque o direito não seria logicamente completo, pois sempre existiriam lacunas. E são

²⁹¹ HERGET, James E.; WALLACE, Stephen. The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism. p. 409.

²⁹² HERGET, James E.; WALLACE, Stephen. The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism. p. 409-410.

²⁹³ HERGET, James E.; WALLACE, Stephen. The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism. p. 410.

²⁹⁴ FARACO DE AZEVEDO, Plauto. Do método jurídico. Reflexão em torno de François Géný. *Revista da AJURIS* - n. 51 - Março/1991 p.9.

²⁹⁵ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Epistemologia das Ciências Culturais*. p. 71-74.

²⁹⁶ HERGET, James E.; WALLACE, Stephen. The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism. p. 410.

²⁹⁷ FARACO DE AZEVEDO, Plauto. Do método jurídico. Reflexão em torno de François Géný. *Revista da AJURIS* - n. 51 - Março/1991 p. 18.

²⁹⁸ FARACO DE AZEVEDO, Plauto. Do método jurídico. Reflexão em torno de François Géný. p. 13.

nessas lacunas que o juiz tem o dever de atuar, mediante a criação do direito. Neste aspecto, seu trabalho não seria muito diferente daquele realizado pelo legislador, pois o juiz seria o legislador do caso concreto.

Durante os novecentos, a crítica mais radical ao *cognitivismo interpretativo* veio com a *Reine Rechtslehre* (1934) de HANS KELSEN, com a ideia de que o juiz interpreta a lei, individualizando e escolhendo um dos significados possíveis dentro da moldura da norma geral²⁹⁹.

Nesta *Teoria* reconhece-se a equivocidade dos textos normativos em razão da *indeterminação não intencional* do ato de aplicação do direito, que consiste na “*pluralidade de significações de uma palavra ou de uma sequência de palavras em que a norma se exprime: o sentido verbal da norma não é unívoco, o órgão que tem que aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis*”³⁰⁰. Caberia ao juiz, portanto, no ato de aplicação da lei pôr fim a este problema, mediante a escolha de uma das normas, entre as várias possíveis de serem identificados dentro da moldura desenhada pelo texto³⁰¹.

Assim, por interpretação “*se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem.*”³⁰²

É por isso que KELSEN entende que a interpretação da lei não leva a uma única resposta correta, mas sim a várias respostas. A escolha da resposta será feita pelo juiz na sentença. Dizer, portanto, que a sentença está baseada na lei não significa dizer que ela é a única resposta possível para um determinado caso, mas apenas *uma* das *várias* normas individuais que podem ser conhecidas a partir de um mesmo texto, ou nas palavras de Kelsen, a partir da norma geral prevista pelo legislador³⁰³.

²⁹⁹ Amplamente: KELSEN, Hans. *Teoria Pura do direito*. p. 387-398

³⁰⁰ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do direito*. p. 389-390.

³⁰¹ Aqui entendemos que, quando Kelsen fala em “*moldura da norma geral*” ele está fazendo referência, em outras palavras, ao limite da interpretação da lei estar nos textos normativos dados pelo legislador. Caso ultrapássemos o sentido mínimo do texto, estaríamos saindo da moldura da norma geral.

³⁰² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do direito*. p. 390.

³⁰³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do direito*. p. 390-391.

Desta forma, estava superada a perspectiva cognitivista que entendia que a lei possuía sentido unívoco que era apreendido mediante simples ato de conhecimento por parte do juiz, nas palavras de KELSEN:

A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas *uma única* solução correta (ajustada), e que a “justeza” (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e compreensão, como se o órgão aplicador do direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do direito positivo.³⁰⁴

Neste aspecto, KELSEN faz importante distinção entre a interpretação realizada mediante jurisdição (órgão aplicador do direito) e interpretação da ciência jurídica (doutrina).

A interpretação mediante jurisdição é sempre considerada como interpretação autêntica, porque sempre é criativa. Ela pode compreender tanto a criação de uma norma individual para o caso concreto, como uma norma geral. É neste último aspecto que ao juiz é reconhecido o poder de ir além da moldura da norma geral³⁰⁵.

Já a interpretação da ciência jurídica é puramente *cognoscitiva*. Ela serve para apreensão do sentido de todas as normas jurídicas possíveis de serem individualizadas a partir da norma geral. Diferentemente da interpretação realizada pelos órgãos jurisdicionais, a interpretação feita pela ciência jurídica não teria caráter criativo³⁰⁶.

³⁰⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do direito*. p. 391. Ainda, de forma enfática, este autor repudia a ideia de direito preexistente à interpretação: “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. (p. 393.)

³⁰⁵ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do direito*. p. 394-395.

³⁰⁶ Com a seguinte ressalva feita por Kelsen: “A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo de cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação ‘correta’. Isto é uma ficção de que serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal de segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximadamente.

Não se pretende negar que esta ficção da univocidade das normas jurídicas, vista de uma certa posição política, pode ter grandes vantagens. Mas nenhuma vantagem política pode justificar que se faça o uso desta ficção numa exposição científica do direito positivo, proclamando como única correta, de um ponto de vista científico objetivo, uma interpretação que, de um ponto de vista político subjetivo, é mais

A partir da *Teoria Pura* de Kelsen, o cognitivismo interpretativo dos oitocentos estava superado. De outro lado, ainda persistia a concepção logicista do direito para esta *Teoria*³⁰⁷. Fato é que as categorias lógicas foram características prevalente do Positivismo Jurídico. Isto é, tanto na tradição de *Common Law* quanto na de *Civil Law*, o Positivismo utilizou-se de forma geral de modelos lógicos para explicar e esquematizar a atividade do juiz. Essa visão, em verdade, era coerente com a concepção racionalista desta época, inerente à cultura e a filosofia daquele momento histórico³⁰⁸.

Em sequência ao desenvolvimento da Teoria Pura por KELSEN, sugeriram outras teorias que, hoje, denominamos como *teorias da argumentação jurídica*, que rejeitavam a *lógica formal* como instrumento para analisar raciocínios jurídicos.

A superação da perspectiva *cognitivista* dos oitocentos evidenciava que várias soluções poderiam ser dadas para problemas jurídicos, em razão da equivocidade dos textos e da possibilidade do reconhecimento de diversos sentidos ao mesmo texto normativo. Essa realidade posta por uma nova perspectiva em torno da interpretação jurídica, o não cognitivismo, demonstrava que o raciocínio judicial precisava de um novo artifício para justificar a escolha de uma determinada solução, em detrimento de outra: a argumentação. Neste aspecto, duas concepções foram importantes para elucidar a virada

desejável do que uma outra, igualmente possível do ponto de vista lógico.” (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do direito*. p. 396.)

³⁰⁷ KAUFMANN, por exemplo, explica: “Kelsen provinha do círculo de Viena do neopositivismo ou positivismo lógico em torno de Rudolf Carnap (1881-1970). Segundo esta orientação filosófica, só faz sentido e só é compreensível o que for susceptível de ‘verificação’ lógica. (...) A ‘teoria pura do direito’ é a mais importante manifestação do positivismo jurídico normativista ou lógico-normativo. (...) A ciência do direito trataria do dever-ser, das normas: ela seria uma ciência das normas. (...) Na ‘teoria pura do direito’ apenas está em causa esta última [perspectiva prescritiva – normativa]. (...) A ‘teoria pura do direito’ trata do dever-ser, do dever-ser jurídico ‘puro’, que não é um valor ético, mas tão-só uma estrutura lógica. O postulado supremo é, por isso, a ‘pureza do método’.” (“O positivismo jurídico-lógico, em especial a Teoria pura do direito de Hans Kelsen.” In: KAUFMANN, Arthur; HASSERMER, Winfried (org.). *Introdução à Filosofia do direito e à Teoria do direito Contemporâneas*. Tradução da 6ª edição alemã (1994): Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Revisão Científica: António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002. p. 178-179.) Ainda, mais amplamente, não podemos deixar de considerar os capítulos da obra póstuma de KELSEN: “A aplicação da regra de conclusão a normas” p. 285-322.; “Problemas lógicos do fundamento de validade” p.323-341.; “A estrutura lógica da norma hipotética, a relação de condição e consequência” p. 342-343; e “Há, especificamente uma lógica ‘jurídica’?” p. 344-450. Todos em: *Teoria Geral das Norma*. Tradução: José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.

³⁰⁸ TARUFFO, Michele. *La Motivazione della Sentenza Civile*. p. 133-134.

da lógica-dedutiva para a lógica-argumentativa, a *tópica* de THEODOR VIEHWEG e a *nova retórica* de CHAÏM PERELMAN³⁰⁹.

VIEHWEG publicou “*Topik und Jurisprudenz*” (1953) procurando chamar a atenção para a polêmica em torno do *método jurídico*, mais precisamente para o modo de pensar *tópico* ou *retórico*³¹⁰, com inspiração aristotélica³¹¹. A *tópica*, assim, tinha como objeto a *técnica do pensamento problemático*³¹². O *problema* acaba ganhando o lugar que antes era do *sistema*³¹³. Em outras palavras, a *tópica* é “*é um pensar dialético de problemas práticos (controvérsias práticas)*”.³¹⁴

Esta teoria sofreu duas importantes críticas³¹⁵: uma proveniente de KARL ENGISCH, e outra de CLAUS-WILHEM CANARIS. O primeiro entende que VIEHWEG foi muito genérico ao demonstrar como seria o método da *tópica* na atualidade³¹⁶. E, o segundo assevera que a *tópica* seria inconciliável com a doutrina da validade e das fontes do direito,

³⁰⁹ ATIENZA ainda demonstra que há uma terceira concepção que repele a lógica formal: a *lógica informal* trabalha por Toulmin. Conforme: ATIENZA, Manuel. *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª ed. São Paulo: Landy, 2003. p. 45 e ss. Entretanto, trabalharemos apenas com as concepções de VIEHWEG e PERELMAN.

³¹⁰ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*. p. 45.

³¹¹ Conforme o próprio autor explica: “*Para compreender exatamente o que é tópica, voltemo-nos primeiramente para Aristóteles, que foi quem atribuiu este nome. (...)*” (VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução: Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979. p. 23 e ss.)

³¹² Conforme ATIENZA refere em: *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*. p. 49. E o próprio VIEHWEG explica: “*Para o nosso fim, pode chamar-se problema – esta definição basta – toda questão que aparentemente permite mais de uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há de ser levado a sério e para a qual há que buscar uma resposta como solução. Isto se desenvolve abreviadamente do seguinte modo: o problema, através de uma reformulação adequada, é trazido para dentro de um conjunto de deduções previamente dado, mais ou menos explícito e mais ou menos abrangente, a partir do qual se infere uma resposta.*” (VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. p. 34.)

³¹³ VIEHWEG sustenta que: “*Se colocarmos o acento no sistema, o quadro que resulta é o seguinte: (...) Em outras palavras, a ênfase no sistema opera uma seleção de problemas. Acontece ao contrário se colocamos o acento no problema: este busca, por assim dizer, um sistema que sirva de ajuda para encontrar a solução.*” (VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. p. 34.)

³¹⁴ NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2013 (Reimpressão 1ª Edição) p. 72.

³¹⁵ Como bem observado por Júlio Cesar Goulart Lanes em *Fato e direito no Processo Civil Cooperativo*. São Paulo: RT, 2014. p. 63.

³¹⁶ ENGISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Tradução da 8ª edição alemã: J. Bapstita Machado. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001. p. 383-384.

sem ser capaz de oferecer, em verdade, nenhum critério acertado para as questões postas mediante a técnica do pensamento problemático³¹⁷.

A abordagem sobre a *nova retórica* de PERELMAN, desenvolvida em obra conjunta com LUCIE OLBRECHT-TYTECA, “*La nouvelle rhétorique: Traité de l’argumentation* (1958)”, contribuiu com a visão do direito como uma prática social de natureza argumentativa. A *nova retórica* tem como pressuposto a doutrina aristotélica, que distingue raciocínios lógico-formais (ou analíticos) dos retóricos (ou dialéticos), com vistas a ampliar o campo da razão para além das ciências dedutivas e das ciências indutivas ou empíricas. O objetivo da obra consistia em estruturar a argumentação jurídica, a sua lógica e não tentar entender os seus aspectos psicológicos³¹⁸. Assim, o ponto de partida destes autores é a análise dos raciocínios utilizados por políticos, juízes e advogados para a construção de uma nova teoria da argumentação jurídica, a retórica, que tem como finalidade persuadir e convencer o *auditório* do orador³¹⁹.

1.2 O CETICISMO MODERADO INTERPRETATIVO DA ESCOLA DE GÊNHOVA

O *ceticismo* é a teoria da interpretação jurídica oposta ao *cognitivismo interpretativo*, por entender que a interpretação envolveria *atos de vontade* por parte do

³¹⁷ CANARIS, Claus-Willelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do direito*. Tradução da 2ª edição almã: A. Menezes Cordeiro. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2012. p. 287-288.

³¹⁸ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica*. p. 59-62.

³¹⁹ PERELMAN e OLBRECHT-TYTECA esclarecem essa relação: “... *Esse contato entre o orador e o seu auditório não concerne unicamente às condições prévias da argumentação: é essencial também para todo o desenvolvimento dela. Com efeito, como a argumentação visa à obter a adesão daqueles a quem se dirige, ela é, por inteiro, relativa ao auditório que procura influenciar. Como definir semelhante auditório? Será a pessoa que o orador interpela pelo nome? Nem sempre: o deputado que, no Parlamento inglês, deve dirigir-se ao presidente pode estar procurando convencer não só os que o ouvem, mas ainda toda a opinião pública de seu país. Será o conjunto de pessoas que o orador vê a sua frente quando toma a palavra? Não necessariamente. Ele pode perfeitamente deixar de lado uma parte delas: um chefe de governo, num discurso ao Parlamento, pode renunciar de antemão a convencer os membros da oposição e contentar-se com a adesão de sua maioria. Por outro lado, quem concede uma entrevista a um jornalista considera que o seu auditório é constituído mais pelos leitores do jornal do que pela pessoa que está à sua frente. (...) Vê-se imediatamente, por esses exemplos, quão difícil é determinar, com a ajuda de critérios puramente materiais, o auditório de quem fala. (...) É por esta razão que, em matéria de retórica, parece-nos preferível definir o auditório como o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com a sua argumentação.*” (PERELMAN, Chaïm; OLBRECHT-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a Nova Retórica*. Tradução: Maria Ermantina de Alda Prado Galvão. Revisão: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 21-22.)

intérprete. Esta teoria admite duas vertentes: a *radical* e a *moderada*. Na primeira vertente³²⁰, a interpretação compreenderia *apenas* atos de vontade para a atribuição de significado ao texto normativo, pressupondo que o texto admitiria qualquer significado como correto³²¹. Já, na segunda vertente, a interpretação *mesclaria* atos de conhecimento e atos de vontade, na medida em que o intérprete conheceria os vários significados admitidos pelo texto normativo, respeitando o seu sentido mínimo para, depois, escolher³²² dentre um deles como o correto³²³.

Entre os movimentos que se contrapuseram ao *cognitivismo*, adotando a *teoria cética da interpretação jurídica*, destaca-se a *Escola de Gênova*, também referida como *Realismo Genovês*³²⁴, cujo fundador foi GIOVANNI TARELLO³²⁵.

³²⁰ Sobre as versões moderada e radical desta teoria, vale a anotação: “*Interestingly, Guastini’s theory is a moderately sceptical as Tarellos was radical: it is not the interpreter who creates norms, rather she picks them out from within the framework of meaning provided by formulation of legal texts.*” (BARBERIS, Mauro. *Genoa’s Realism: a Guide for the Perplexed. Revista Brasileira de Filosofia*. Ano 62, vol. 240, jan-jun/2013. p. 16.)

³²¹ A este respeito: TARELLO, Giovanni. *L’Interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè, 1980. p. 39-102; ÁVILA, Humberto. *Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo*. p. 184.

³²² CAPPELLETTI já trabalhava esta ideia: “*com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação.*” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alerge: Sérgio Antônio Fabris, 1993. p. 21.)

³²³ ÁVILA, Humberto. *Função da Ciência do direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. Revista direito Tributário Atual*. São Paulo: Dialética, 2013. n. 29. p. 185. GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 409 e ss. CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell’interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007. 143-146.

³²⁴ GUASTINI, Riccardo. *El Realismo Jurídico redefinido. Revista Brasileira de Filosofia*. Ano 62, vol. 240, jan-jun/2013. p. 26.

³²⁵ MAURO BARBERIS explica um pouco da contribuição de TARELLO para a criação e desenvolvimento da Escola de Gênova: “*The founder of the School was unquestionably Giovanni Tarello (1934-1987).(...) we cannot analyse, even less interpret, his large and multi-faceted body of work. In it, with remarkable versatility, he managed to combine legal theory with history of institutions, sociology of law, and legal dogmatics too. (...) If we really want to be able to identify one essencial strand, in this body of work, we must think of the central role fo interpretation. Such a central role was foreshadowed in Tarello, 1972, but it is explicitly stated in Tarello, 1974. This is the very first formulation of what came to be now as the sceptical standpoint of Genoas School: norms are but depends variable of the interpretation fo legal texts.*” (BARBERIS, Mauro. *Genoa’s Realism: a Guide for the Perplexed. Revista Brasileira de Filosofia*. Ano 62, vol. 240, jan-jun/2013. p. 15.)

A partir dos estudos sobre o *realismo jurídico norte americano*³²⁶ – que, por sua vez, tem suas raízes nas ideias do *Movimento do direito Livre*³²⁷ – TARELLO deu origem, no final da década de setenta, a uma tradição de pensamento jurídico caracterizada pelo seu rigor analítico, que hoje conhecemos como *Realismo Genovês*³²⁸. Dentre o legado deixado pelo trabalho de TARELLO à Escola de Gênova, é relevante para o presente trabalho a colocação da distinção entre *texto* e *norma* para o estudo da *interpretação jurídica*, e para a compreensão do direito. A obra que representa o marco inicial dos estudos sobre a *interpretação jurídica* na *Escola da Gênova* é a *L'Interpretazione della legge* (1980), em que TARELLO adotava uma postura *cética radical*, cuja compreensão era a de que o texto normativo não possuía significado antes da interpretação³²⁹.

Influenciados pelas obras e pelo magistério de TARELLO, formam a *primeira geração* da *Escola de Gênova*: RICCARDO GUASTINI, PAOLO COMANDUCCI e MAURO BARBERIS. Já a *segunda geração* é constituída por aqueles juristas que não foram alunos diretos de TARELLO, mas de seus discípulos, são eles: PIERLUIGI CHIASSONI, SUSANNA POZZOLO, GIOVANNI BATTISTA RATTI e GIOVANNI DAMELE³³⁰. Dentre estes juristas, GUASTINI é um dos mais influentes teóricos da Escola de Gênova, e um dos mais conhecidos internacionalmente³³¹, cuja contribuição para o Realismo Genovês está – para além dos seus estudos sobre *interpretação jurídica*³³² – no campo da *teoria das normas*³³³.

A principal contribuição da Escola de Gênova é demonstração da distinção entre *texto* e *norma*, a partir do reconhecimento do problema da *equivocidade*³³⁴ dos textos outorgados pelo legislador, sobressaindo, assim, a importância do papel do intérprete em

³²⁶ TARELLO desenvolveu suas ideias com o incentivo de SILVANA CASTIGNONE, conforme indica BARBERIS. BARBERIS, Mauro. Genoa's Realism: a Guide for the Perplexed. *Revista Brasileira de Filosofia*. Ano 62, vol. 240, jan-jun/2013. p. 14-15. E BARBERIS, Mauro. Um pouco de Realismo sobre el Realismo "Genovés". In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni B. *El Realismo Jurídico Genovés*. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 202. Seus estudos estão consolidados em: TARELLO, Giovanni. *Il realismo giuridico americano*. Milano: Giuffrè, 1962.

³²⁷ Amplamente: HERGET, James E.; WALLACE, Stephen. The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism. *Virginia Law Review*. vol. 73, No. 2 (Mar., 1987), pp. 399-455.

³²⁸ BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni B. *El Realismo Jurídico Genovés*. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 12.

³²⁹ BARBERIS, Mauro. Genoa's Realism: a Guide for the Perplexed. p. 16.

³³⁰ BARBERIS, Mauro. Genoa's Realism: a Guide for the Perplexed. p. 13-25.

³³¹ BARBERIS, Mauro. Genoa's Realism: a Guide for the Perplexed. p. 15-17.

³³² Amplamente: GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011.

³³³ Amplamente: GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*.

³³⁴ A equivocidade dos textos normativos podem consistir em problemas de *ambiguidade*, *complexidade*, *implicabilidade*, *superabilidade* e *abrangibilidade*. Neste sentido, ver: GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011. p. 39-46; CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007. p. 144-145.

individualizar, valorar e escolher dentre os significados possíveis das palavras constantes dos enunciados normativos.

Neste sentido, a interpretação pode ser vista ora como uma *atividade*, ora como um *resultado*. Enquanto *atividade*, trata-se de um processo de outorga de sentido ao texto. Já como *resultado*, a interpretação consiste no *discurso* do intérprete, que é o *produto* da *atividade* mental realizada anteriormente³³⁵.

É por esta razão que afirmamos que a interpretação é uma *atividade* que visa à *redução da equivocidade dos textos*, para a posterior *definição da norma*, mediante um processo de escolha de sentido pelo intérprete, de forma *lógica e argumentativamente* guiada³³⁶.

Dito de outra forma,

[t]odo o texto normativo admite interpretações – em abstrato ou em concreto – que sincronicamente podem chocar-se entre si ou serem diacronicamente diferentes. Isto implica que muitas (talvez não todas, mas muitas) controvérsias e, ainda, muitas (talvez não todas, mas muitas) questões jurídicas admitem soluções diferentes de forma concorrente.

Deste modo, parece óbvio que os enunciados interpretativos – em abstrato ou em concreto – são fruto de eleições e decisões, e não apenas de conhecimento. Isto significa dizer que os enunciados interpretativos não têm caráter descritivo (ou cognitivo), mas adscritivo.³³⁷

O raciocínio judicial, na perspectiva do *ceticismo interpretativo*, não é mais visto como uma operação puramente lógica, na medida em que a interpretação realizada pelo juiz consiste na *escolha dos significados dos textos normativos* e das *proposições de fatos*, além da aferição do *nexo* entre eles³³⁸. Para realização de tal atividade é imprescindível e determinante a *argumentação* formulada pelo juiz para justificar as suas individualizações, valorações e escolhas³³⁹. Por esta razão, hoje dizemos que o raciocínio judicial é lógico-argumentativo, e não mais lógico-silogístico.

³³⁵ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. p. 13-14; TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della legge*. p.39.

³³⁶ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. p. 57-58.

³³⁷ GUASTINI, Riccardo. El Realismo Jurídico redefinido. *Revista Brasileira de Filosofia*. Ano 62, vol. 240, jan-jun/2013. p. 29.

³³⁸ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. p. 59-60.

³³⁹ TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della legge*. p. 81-99; GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. p. 14 e ss.

Assim, a partir da adoção da *teoria cética moderada da interpretação jurídica*, o texto dado pelo legislador não é visto como norma. *A norma só é alcançada após a atividade do intérprete*³⁴⁰. É por isso que afirmamos que o direito é reconstruído por meio da atividade do intérprete³⁴¹. Dessa constatação, sobressaem duas consequências: a primeira no campo da *teoria das normas* – conforme as ideias de HUMBERTO ÁVILA³⁴², que aqui adotamos como referência – e, outra, no campo do *processo civil*, no que diz respeito à função que a *jurisdição* ocupa perante a ordem jurídica.

Importa, portanto, analisarmos com maior minúcia a distinção entre *texto* e *norma* para, em um segundo momento, fundamentarmos a *teoria reconstrutivista da jurisdição*.

1.2.1 O texto

O texto é o *objeto* da interpretação³⁴³, é também denominado como *texto normativo*³⁴⁴, porque pertence e a um *documento* elaborado por autoridade normativa (fonte do direito)³⁴⁵. Por *documento normativo*, entendemos um *conjunto de enunciados textuais* destinados ao discurso prescritivo, que modifica – e regula – o comportamento humano³⁴⁶. Os *enunciados* podem consistir em: (i) uma frase simples, composta por uma proposição independente; ou, (ii) uma frase complexa, composta por várias proposições

³⁴⁰ Amplamente: TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della legge*; CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007;. GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*; BARBERIS, Mauro. Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione. In: GUASTINI, Riccardo; COMANDUCCI, Paolo. *Analisi e diritto 2004. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Torino: Giappichelli, 2005.

³⁴¹ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. p. 424-427; ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. p. 184.

³⁴² Nesse sentido, ver: ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*.

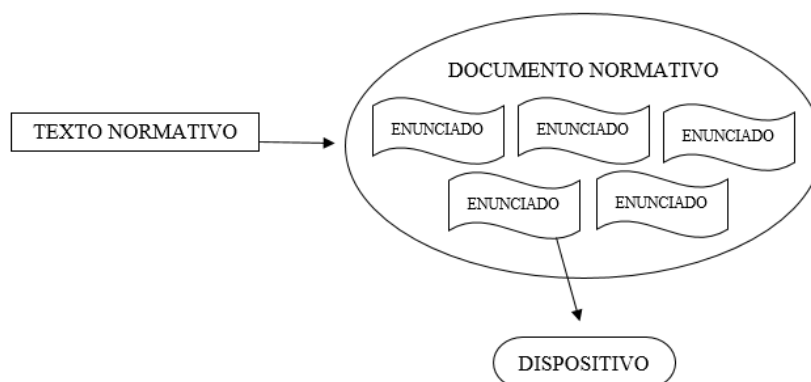
³⁴³ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. p. 8 e 64.

³⁴⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p. 50; GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. p. 23-24.

³⁴⁵ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. p. 24; GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. p. 65.

³⁴⁶ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. p. 24-25.

decorrentes umas das outras³⁴⁷. É nesse sentido que RICCARDO GUASTINI utiliza o vocábulo *dispositivo* para referir a qualquer *enunciado* que faça parte de um *documento normativo*³⁴⁸. Como breve sistematização destes conceitos, apresentamos a seguinte ilustração:



Neste contexto, *dispositivo* pode corresponder a um artigo de lei, ou a parte dele. Mais especificamente, pode fazer referência à parcela de inciso, de parágrafo e de *caput* de um artigo. Desta forma, não há correspondência entre *dispositivo* e artigo, pois este último pode ser composto por diversos *enunciados*³⁴⁹. Tomemos como exemplo o *caput* do artigo 273 do Código de Processo Civil³⁵⁰, que dispõe sobre a técnica antecipatória:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação:
(...)

Neste exemplo, podemos individualizar vários *dispositivos* que formam o *caput* do referido artigo, como (a) “o juiz pode antecipar a tutela pretendida no pedido inicial”; (b) “desde que exista prova inequívoca”; (c) “desde que o juiz esteja convencido da verossimilhança da alegação”; (d) “a antecipação deverá ser requerida pela parte”;

³⁴⁷ GUASTINI entende que enunciados e proposições não são sinônimos. Em suas palavras: “Por um lado, de fato, nem todos os enunciados compõem-se de uma única proposição; e, por outro lado, nem todas as proposições são enunciados.” (GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. p. 25)

³⁴⁸ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. p. 25; GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. p.63.

³⁴⁹ “Diz-se enunciado qualquer expressão linguística acabada. Considera-se que o enunciado não coincide (necessariamente) com o isolado artigo de lei, ou com o isolado parágrafo. Um artigo de lei ou um parágrafo seu pode muito bem ser constituído, como acontece frequentemente, por uma pluralidade de enunciados.” (GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. p. 25.).

³⁵⁰ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em 23 nov. 2014.

(e) “a antecipação poderá ser total ou parcial”. Estas frases correspondem a *dispositivos* – ou melhor –, são *enunciados* que fazem parte de um *documento normativo* (o Código de Processo Civil) a ser interpretado, que serão, portanto, *objeto* da atividade do intérprete. A relação entre o texto e a norma pode ser expressada através da seguinte fórmula:

“D” significa “N”

Na representação acima, “D” corresponde ao *dispositivo*, que é o *enunciado objeto* da interpretação. “N” corresponde à norma, que é o *enunciado produto* da interpretação. A expressão “**significa**” acaba por estabelecer uma relação sinonímia entre os dois enunciados, o interpretado e o interpretante.

Entretanto, o *dispositivo* e a *norma* não devem ser vistos como figuras heterogêneas aos olhos dos juristas. Ambos são *enunciados*. Ocorre apenas que o *dispositivo* (enunciado interpretado) é decorrente do discurso das fontes, já a *norma* (enunciado interpretante) é fruto do discurso do intérprete³⁵¹.

Na atividade que chega à norma desde o texto, é comum o intérprete deparar-se com o obstáculo da equivocidade dos textos. Os dispositivos podem apresentar problemas de ambiguidade, complexidade ou de abarcabilidade, que dificultam a função do intérprete de outorgar sentido ao texto normativo para construir a norma.

Assim, por ser vertido em linguagem, o direito pode apresentar problemas de equivocidade e vagueza³⁵². Afinal, qualquer palavra tem geralmente diversos significados, inclusive no dicionário³⁵³.

A *equivocidade* é relativa aos textos, e a *vagueza* às normas. Sendo que ambos consistem em características inafastáveis da linguagem³⁵⁴, revelando a *dúplice indeterminação do direito*³⁵⁵.

³⁵¹ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. p. 27.

³⁵² GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. p. 39; ÁVILA, Humberto. *Função da Ciência do direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo*. p. 190

³⁵³ HOLMES, Oliver Wendell. *The Theory of Legal Interpretation*. Collected Legal Papers, 1920 (reedição 1952).

³⁵⁴ A sistematização aqui exposta é guiada pelas lições de GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. De outra sorte, não se ignora as lições expostas por CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, que sistematiza os problemas dos dispositivos em ambíguos, obscuros ou incertos (vide p. 61 do CHIASSONI).

³⁵⁵ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. p. 39 e ss.

As distinções feitas neste capítulo demonstram a importância da atividade do intérprete na construção da norma. Ele tem a função de outorgar sentido a um texto, que por vezes pode apresentar defeitos como o da: *ambiguidade*, *complexidade* e *abarcabilidade*.

O *texto normativo* é *ambíguo* quando a sua interpretação permitir a reconstrução de mais de uma norma, em via alternativa³⁵⁶, de forma diferente e excludente, exigindo que o intérprete escolha por uma delas, apontando qual é a correta³⁵⁷. A *complexidade* do *texto normativo* consiste na extração de várias normas a partir da sua interpretação, de forma cumulativa³⁵⁸. Também denominada como *abrangibilidade*, esta questão diz respeito à dúvida quanto ao texto normativo ser taxativo ou exemplificativo³⁵⁹.

Verificada a existência de *equivocidade* na linguagem jurídica, é possível identificar que um dispositivo nem sempre corresponderá a apenas a uma norma. Isto quer dizer que a fórmula trabalhada anteriormente – “**D significa N**” – pode sofrer variações, pois *não há uma necessária correspondência biunívoca*³⁶⁰ entre dispositivo e norma.

A relação *biunívoca* entre dispositivo e norma pode ocorrer em alguns casos, mas não em todos. Há situações em que se constrói uma norma a partir de vários dispositivos; outras, de um único dispositivo, diversas normas. Existe, também, dispositivos sem normas, e normas sem dispositivos³⁶¹.

O dispositivo, enquanto texto (*enunciado pertencente a um documento normativo*), pode apresentar mais de um significado, dando origem a mais de uma norma. Tais normas poderão ser *conflitantes* ou *complementares*. No primeiro caso, as normas podem apresentar-se de forma *dissociada* umas das outras, com sentidos distintos e

³⁵⁶ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. p. 40; GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. p. 34; ÁVILA, Humberto. *Função da Ciência do direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo*. p. 190.

³⁵⁷ ÁVILA, Humberto. *Função da Ciência do direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo*. p. 190.

³⁵⁸ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. p. 41; GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. p. 35; ÁVILA, Humberto. *Função da Ciência do direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo*. p. 190.

³⁵⁹ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. p. 43-44.

³⁶⁰ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. p. 34 e ss; CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. p. 123-124; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p.50-51.

³⁶¹ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. p. 34 e ss; CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. p. 123-124; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p.50-51.

incompatíveis entre si. Já, no segundo caso, a pluralidade de normas decorrentes de um único dispositivo poderá ocorrer de forma *associada*, quando uma relaciona-se com a outra³⁶². Teremos, portanto, uma pluralidade de normas *conflitantes* oriundas de um único dispositivo, quando o texto for *ambíguo*³⁶³. Vejamos este fenômeno na seguinte fórmula³⁶⁴:

$$D = N_1 ? \text{ ou } N_2 ? \text{ ou } N_3 ?$$

De outro lado, quando estamos diante de um único dispositivo *complexo* é possível a construção de uma pluralidade de normas *complementares*, em decorrência umas das outras³⁶⁵:

$$D = N_1 + N_2 + N_3$$

O inverso também é possível. Há situações em que é preciso interpretar vários dispositivos em conjunto para construir uma só norma³⁶⁶. Em uma fórmula:

$$D_1 + D_2 + D_3 = N$$

A regra da estabilização da demanda no Processo Civil é um exemplo deste fenômeno. Para construção desta norma, é preciso uma interpretação simultânea dos dispositivos que formam os artigos 264 e 294 do Código de Processo Civil³⁶⁷. É preciso conjugar os enunciados que fazem referência à *proibição da alteração do pedido e da causa de pedir depois da citação sem o consentimento do réu* (artigo 264, *caput*); com o que *veda a alteração destes elementos em qualquer hipótese após o saneamento do processo* (artigo 264, § único); e, também, com aquele que *permite o aditamento do pedido somente antes da citação* (artigo 294, *caput*). A partir desses dispositivos, reconstruímos a

³⁶² GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. p. 34-35; GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. p. 65-67.

³⁶³ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. p. 35; GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. p. 67

³⁶⁴ Aqui utiliza-se a mesma fórmula ou representação apresentada por GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. p. 34.

³⁶⁵ Aqui utiliza-se a mesma fórmula ou representação apresentada por GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. p. 35.

³⁶⁶ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. p. 38-40; GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. p. 68; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p. 51.

³⁶⁷ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em 23 nov. 2014.

norma segundo a qual o termo final para a alteração dos elementos da demanda, o momento em que é reconhecida a estabilidade da demanda, é o do saneamento do processo³⁶⁸.

Outra hipótese que podemos vislumbrar quando analisamos este ponto, é o fato de existirem dois ou mais dispositivos que podem dar origem a uma mesma norma³⁶⁹.

Assim representamos:

$$D_1 = N$$

$$D_2 = N$$

Exemplo claro deste caso são os dispositivos que compõem o *caput* do artigo 461 do Código de Processo Civil³⁷⁰ com o do *caput* do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor³⁷¹. Vejamos a literalidade dos seus textos:

CPC: Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático \equivalente ao do adimplemento.

CDC: Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Da interpretação de cada um destes dispositivos, reconstruirmos a mesma norma. Em nosso direito Processual Civil, a tutela específica do direito material do jurisdicionado prefere às demais formas de tutela³⁷² previstas em nosso ordenamento jurídico. Esta é a regra oriunda tanto do artigo 461 do Código de Processo Civil, quanto do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor.

³⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 304.

³⁶⁹ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. p. 35-36; GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. p. 67.

³⁷⁰ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Planalto*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em 23 nov. 2014.

³⁷¹ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em 29 nov. 2014.

³⁷² Tutela pelo resultado prático equivalente, ou tutela pelo equivalente monetário. Sobre este tema, amplamente: MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Podemos, ainda, nos deparar com casos ainda mais peculiares. É possível a existência de dispositivos sem normas³⁷³. Da sua interpretação não é possível a construção de nenhuma regra, princípio ou postulado³⁷⁴. Vejamos³⁷⁵:

$$D = \emptyset$$

Por outro lado, podemos ter normas sem dispositivos. Dizemos que uma norma é desprovida de dispositivo quando não conseguimos associá-la à um enunciado específico de uma fonte normativa³⁷⁶. Nossa representação deste fenômeno³⁷⁷:

$$\emptyset = N$$

Desta feita, importa neste momento do trabalho o esclarecimento sobre a distinção entre texto e norma, que torna-se evidente a partir da demonstração da ausência de correspondência biunívoca entre o dispositivo, e o sentido que o intérprete a ele pode outorgar. Neste sentido, passemos à análise deste sentido que é dado ao texto, a norma.

1.2.2 A norma

Artigos, incisos ou parágrafos de lei não são *normas*. A lei em si não é um conjunto de normas. É um conjunto de *textos*. A norma é o sentido outorgado pelo intérprete a estes textos³⁷⁸.

³⁷³ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. p. 36-38; GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. p. 69; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p. 50.

³⁷⁴ Aqui adotamos a *teoria das normas* trazida por ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*.

³⁷⁵ Aqui modificamos o símbolo utilizado por GUASTINI (*Das fontes às normas*. p. 38), por entendermos que o signo “ \emptyset ” representa melhor a inexistência de significado, que o signo utilizado pelo autor: “?”.

³⁷⁶ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. p. 41. GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. p. 69-70.

³⁷⁷ Idem nota 374.

³⁷⁸ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. p. 24 e ss; GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. p. 6 e ss; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p.50; LARENZ, Karl. *Metologia da Ciência do Direito*. p. 2-3, 183-185.

Assim, não se interpreta a norma. Interpreta-se o texto. É por essa razão que afirmamos que o texto é o objeto da interpretação, e a norma o seu resultado³⁷⁹.

Ainda que reconstruída a partir do texto, a norma pode apresentar problemas que dificultam a sua determinação³⁸⁰. Apresentaremos dois tipos distintos de problemas relativos a indeterminação das normas: o primeiro é decorrente da própria equivocidade dos textos normativos (e não foi tratado no tópico referente ao texto em si, pois acreditamos que tais defeitos estão mais próximos o sentido do texto – a norma – e não do texto em si), e o segundo, a vagueza.

Há dois problemas decorrentes da equivocidade do texto que repercutem diretamente em seu sentido, na norma, são eles a *implicação* e a *superabilidade*. Por esta razão são aqui mencionados, e não no tópico referente ao texto em si.

A implicação é a espécie relativa à dúvida quanto à existência de *implicação* entre uma e outra norma³⁸¹. Já a *superabilidade* é a espécie relativa à possibilidade de superar a norma, com o reconhecimento de exceções implícitas³⁸².

Para além da equivocidade, a *vagueza* é outro problema da indeterminabilidade do direito enquanto norma e, também, enquanto ordenamento jurídico³⁸³. A *vagueza* consiste na indeterminação exata do campo de aplicação da norma, em razão do texto que a originou.

Conforme RICCARDO GUASTINI³⁸⁴, a *vagueza* está ligada aos predicados linguísticos, que são condições que correspondem a um conjunto de entidades individuais, uma classe. O significado dos predicados pode ser analisado através do seu *sentido* – “que coisa quer dizer?” – e da sua referência – “a que coisa se refere?”. O *sentido* é o conjunto de atributos que um objeto deve ter para que seja aplicável o predicado. A *referência* é a classe de objetos que contem tal atributo e aos quais o predicado é aplicável. GUASTINI utiliza o vocábulo *planeta* como exemplo: (*i*) o sentido: “*corpo celeste opaco que rota em*

³⁷⁹ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. p. 8 e 64; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p.50

³⁸⁰ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. p. 39; ÁVILA, Humberto. *Função da Ciência do direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo*. p. 190.

³⁸¹ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. p. 42.

³⁸² GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. p. 42-43.

³⁸³ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. p. 52.

³⁸⁴ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. p. 53.

torno de uma estrela”; e (ii) a referência: “*a todos os corpos celestes e opacos que rotam em torno de uma estrela (Terra, Marte, Júpiter, mas não a Lua)*”³⁸⁵.

Assim, quanto menos preciso for o sentido (conjunto de atributos), maior será a referência (classe de objetos que tem esses atributos). Se voltarmos ao exemplo veremos que, se *planeta* tivesse seu sentido restrito a um simples “*corpo celeste opaco*”, então a referência do predicado seria ainda mais ampla, incluindo a Lua. Ocorre que os predicados são vagos pelo fato de se referirem a uma classe, de modo que a questão da vagueza está em saber quais atributos o objeto deve ter para que seja aplicável o predicado³⁸⁶.

Como exemplo de vagueza, lembramos da norma que estabelece que *a casa de um indivíduo é o seu asilo inviolável*³⁸⁷. Neste caso, o significado do predicado “*casa*” é vago, na medida em que não é possível delimitar com precisão o seu conteúdo e alcance. Ao contrário do que possa parecer num primeiro momento, o significado de “*casa*” pode ir mais longe que a simples residência de um indivíduo. De acordo com o Supremo Tribunal Federal, seu sentido pode abranger também um quarto de hotel ocupado³⁸⁸ ou um escritório profissional³⁸⁹, pois o conceito normativo de “*casa*” deve ser entendido como “*qualquer compartimento privado não aberto ao público onde alguém exerce profissão ou atividade, mesmo que sem conexão com a casa de moradia propriamente dita*”³⁹⁰.

Pelo que vimos, a vagueza diferencia-se da equivocidade por ser uma propriedade objetiva da linguagem em geral, e não apenas da linguagem jurídica. Ela existe independentemente da técnica interpretativa ou da dogmática utilizada, não podendo ser extinta, mas apenas *reduzida* por meio de sua *definição*³⁹¹. No exemplo mencionado,

³⁸⁵ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. p. 53

³⁸⁶ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. p. 53-54

³⁸⁷ Norma construída a partir dos dispositivos do art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal.

³⁸⁸ STF, Segunda Turma, RHC 90376, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 03/04/2007, DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18-05-2007 DJ 18-05-2007 PP-00113 EMENT VOL-02276-02 PP-00321 RTJ VOL-00202-02 PP-00764 RT v. 96, n. 864, 2007, p. 510-525 RCJ v. 21, n. 136, 2007, p. 145-147.

³⁸⁹ STF, Segunda Turma, HC 103325, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 03/04/2012, DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014. STF, Segunda Turma, HC 93050, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 10/06/2008, DJe-142 DIVULG 31-07-2008 PUBLIC 01-08-2008 EMENT VOL-02326-04 PP-00700.

³⁹⁰ STF, Segunda Turma, HC 103325, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 03/04/2012, DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014.

³⁹¹ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare*. p.56.

demonstramos que o problema da vagueza do predicado “casa” foi *reduzido* mediante a atividade interpretativa do Supremo Tribunal Federal, ao *definir* o significado e a abrangência deste conceito normativo.

1.2.2.1 Espécies normativas

É possível distinguir as normas em: *normas de primeiro grau* e *normas de segundo grau*. Dizemos que são *normas de primeiro grau* os princípios e as regras, porque endereçados ao comportamento humano geral, seja para a promoção de um estado ideal de coisas, ou para adoção imediata de uma conduta. Tratamos como norma de segundo grau os postulados, porque são normas sobre a compreensão e aplicação de outras normas. Essa distinção é feita por HUMBERTO ÁVILA³⁹², e é por nós aqui adotada³⁹³, na medida em que este autor baseia em GUASTINI para fundamentar sua teoria, que, por sua vez, é justamente o *teórico do direito* da Escola de Gênova que desenvolveu de forma mais aprofundada a distinção entre as espécies normativas³⁹⁴.

1.2.2.1.1 Princípios

Princípios são normas³⁹⁵. Isto quer dizer que são enunciados do discurso prescritivo, que estão dirigidos à orientação do comportamento humano³⁹⁶. Mais

³⁹² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p. 50 e ss. e 163 e ss.

³⁹³ Não esquecemos aqui dos estudos de RONALD DWORKIN e ROBERT ALEXY sobre este tem, além dos estudos de VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA e MARCELO NEVES, no Brasil. Entretanto, nos valemos da *teoria das normas* de HUMBERTO ÁVILA, em razão da influência da *Escola de Gênova* sobre este autor.

³⁹⁴ Neste sentido: “*Guastini kept working on one more recente developments of the issue, such as constitutives norms, rules/principles distinctions, defeasibility, and so on.*” (BARBERIS, Mauro. *Genoa's Realism: a Guide for the Perplexed*. *Revista Brasileira de Filosofia*. Ano 62, vol. 240, jan-jun/2013. p. 21

³⁹⁵ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. p. 185 e ss; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p.102 e ss; ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. p. 147 e ss.

³⁹⁶ GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. p. 186.

precisamente, promovem um *estado ideal de coisas* a ser cumprido, ao estabelecer os *fins* que devem ser perseguidos pelo destinatário da norma³⁹⁷.

De fato, não podemos confundir princípios com *valores*, em razão daqueles prescreverem *fins*. Os princípios são distintos dos valores por estarem no plano *deontológico*, ao instituem a *obrigatoriedade* de adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um estado de coisas. Por outro lado, os *valores* situam-se no plano *axiológico* ou *teleológico*, outorgando qualidades a elementos normativos, como ocorre no caso dos princípios, que podem ou não incorporar valores em seu conteúdo³⁹⁸.

A norma constitucional³⁹⁹ que estabelece o direito fundamental à duração razoável do processo é um princípio, por exemplo. Ela institui o dever do Estado em adotar medidas necessárias para que a tutela jurisdicional seja prestada de forma tempestiva, isto é, sem dilações indevidas. Para tanto, é necessário que o Estado, através do Poder Legislativo, disponha de técnicas processuais capazes de tutelar o direito material em tempo proporcional, isto é sem dilações indevidas, eliminando-se o tempo patológico do processo. Igualmente, é necessário que a Administração Judiciária seja organizada e aparelhada de forma a dar vazão ao número e à complexidade de processos em tempo razoável⁴⁰⁰.

A partir deste exemplo fica mais fácil perceber porque os princípios são considerados *normas finalísticas*. No caso mencionado, a *finalidade* almejada é a que os processos sejam capazes de tutelar o direito material de forma tempestiva. A *finalidade* é, portanto, definida a partir do objeto pretendido, que tem função diretiva sobre o comportamento que deve ser adotado para a sua concretização. O objeto almejado pode consistir em uma “*situação final, um estado ideal de coisas ou uma situação contínua*”⁴⁰¹.

³⁹⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p.102-103; ÁVILA, Humberto. 'Neoconstitucionalismo': entre a 'Ciência do Direito' e o 'Direito da Ciência'. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*. Salvador: Instituto de Direito Público, n. 17, jan./mar., 2009. p. 1-19. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 20/12/2014.

³⁹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p.104.

³⁹⁹ Tal norma é construída a partir do dispositivo do inciso LXXVIII, do art. 5º, da Constituição Federal.

⁴⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Direitos Fundamentais Processuais*. In: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p.678-679;

⁴⁰¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p. 104.

Vê-se, assim, que princípios implicam em comportamentos, ainda que por via indireta e regressiva. Na verdade, eles instituem o “*dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários*”⁴⁰².

Em resumo, nas palavras de HUMBERTO ÁVILA, os princípios podem assim ser definidos:

Princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado ideal de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessárias à sua promoção⁴⁰³.

Princípio, portanto, é norma que estabelece um fim a ser perseguido, um estado ideal de coisas a ser promovido, mediante a adoção de condutas que são indispensáveis para a realização do fim almejado⁴⁰⁴.

1.2.2.1.2 Regras

Enquanto princípios instituem fins, as regras estipulam condutas imediatas que devem ser adotadas para a promoção destes fins⁴⁰⁵. São, portanto, normas imediatamente descritivas, nas palavras de HUMBERTO ÁVILA:

Regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos⁴⁰⁶.

⁴⁰² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p. 104.

⁴⁰³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p. 102.

⁴⁰⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p. 102; ÁVILA, Humberto. 'Neoconstitucionalismo': entre a 'Ciência do Direito' e o 'Direito da Ciência'.

⁴⁰⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p. 103.

⁴⁰⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p. 102.

Podemos estudá-las dividindo-as em duas espécies: *regras comportamentais* e *regras constitutivas*⁴⁰⁷. As *primeiras* descrevem comportamentos proibidos ou permitidos como sendo obrigatórios. As *segundas* outorgam efeitos jurídicos para atos ou fatos, que podem ser relativas: (i) à atribuição de competência, (ii) ao exercício de competência, (iii) à delimitação material de competência, (iv) à reserva de competência, ou ainda, (v) à delimitação substancial de competência.

Ainda no exemplo do item anterior, quando trouxemos o *princípio da duração razoável do processo*⁴⁰⁸, é possível dizer que a norma que autoriza o julgamento antecipado da lide⁴⁰⁹ é uma regra que serve para a promoção do fim estabelecido naquele princípio, qual seja, a duração razoável na prestação da tutela jurisdicional. Neste caso, quando a questão discutida no processo for preponderantemente de direito ou não necessitar de produção de provas em audiência, ou ainda, no caso de revelia, o juiz analisará diretamente os pedidos deduzidos na petição inicial, julgando antecipadamente a causa.

Em resumo, as regras diferenciam-se dos princípios em razão da *natureza da descrição normativa* que apresentam: as regras prescrevem objetos determináveis (comportamentos, sujeitos, efeitos jurídicos, conteúdo), enquanto os princípios estabelecem um estado ideal de coisas a ser promovido⁴¹⁰.

1.2.2.1.3 Postulados

Postulados não são regras, nem princípios. A uma, porque não descrevem comportamentos. A duas, porque não estabelecem um estado ideal de coisas. Postulados são normas que fornecem critérios para compreensão e aplicação do direito, são normas que “*orientam a aplicação de outras normas, o que aqui denominamos como normas de segundo grau ou metanormas*”⁴¹¹.

⁴⁰⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p. 105; GUASTINI, Riccardo. *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*. Torino: Giappichelli, 1995. p. 136 e ss.

⁴⁰⁸ Norma construída a partir do dispositivo do inciso LXXVIII, do art. 5º, da Constituição Federal

⁴⁰⁹ Norma construída a partir dos dispositivos do artigo 130 do Código de Processo Civil.

⁴¹⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p. 107.

⁴¹¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p. 164-165 e 177.

É possível distinguir os postulados em *hermenêuticos* e *aplicativos*. Os primeiros servem à compreensão interna e abstrata do ordenamento jurídico como um todo. E, os segundos, para solucionar problemas inerentes a aplicação do direito⁴¹². Como exemplo de postulados *hermenêuticos* citamos o postulado da *coerência*, que serve para melhor compreensão e graduação das normas, em função das diferentes hierarquias existentes. Já como exemplos de postulados *aplicativos*, podemos mencionar os postulados da igualdade, da proporcionalidade e da razoabilidade, todos analiticamente estudados por HUMBERTO ÁVILA⁴¹³.

O que importa saber em relação a esta espécie normativa é que postulados funcionam de forma diferente das demais normas, na medida em que não estão no mesmo nível – princípios e regras são objetos da aplicação, enquanto postulados orientam a aplicação – e, tampouco, possuem os mesmos destinatários – princípios e regras estão primariamente endereçados ao poder público e aos cidadãos em geral, enquanto os postulados estão dirigidos aos intérpretes⁴¹⁴, como os juízes e administração, por exemplo.

É importante frisar que não há espaço neste trabalho para um estudo mais aprofundado sobre os postulados e, muito menos, sobre todos os aspectos relativos às espécies normativas e à teoria das normas. Por hora, precisamos ter em mente que o texto normativo dado pelo legislador não é a norma acabada e pronta para ser aplicada ao caso concreto. Esta só é encontrada no resultado da atividade do intérprete, que é elemento essencial para a reconstrução da ordem jurídica, trabalhando conjuntamente com o legislador para promoção do império do direito⁴¹⁵.

A atividade do intérprete é essencial para a construção da norma, na medida em que o texto editado pelo Poder Legislativo não é a norma pronta e acabada. O texto normativo é o ponto de partida para a produção da norma, que só é alcançada através da interpretação realizada pelo Poder Judiciário, seu intérprete qualificado. Esta é a premissa

⁴¹² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p. 165 e ss.

⁴¹³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p. 184 e ss.

⁴¹⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p. 164.

⁴¹⁵ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. p. 88.

da pesquisa aqui tratada, que está fundamentada na primeira parte deste trabalho. É, também, a justificativa para repensarmos a jurisdição.

2. AS PRIMEIRAS LINHAS PARA A TEORIA RECONSTRUTIVISTA DA JURISDIÇÃO

A premissa do presente estudo está no reconhecimento da distinção entre texto e norma⁴¹⁶. Em outras palavras, o ponto de partida para uma nova visão da jurisdição está no fato de discernirmos que o texto dado pelo legislador precisa ser interpretado para tornar-se norma. A norma é, portanto, o sentido do texto, a sua interpretação. A admissão desta distinção evidencia a importância da atividade do intérprete para a construção da norma⁴¹⁷. É este o fundamento basilar para o desenvolvimento desta pesquisa.

Nesta linha de raciocínio, o juiz – enquanto *intérprete autêntico*⁴¹⁸ – possui importante função para o nosso ordenamento jurídico, a de reconstrução⁴¹⁹. Reproduzindo Cappelletti, importa o “*reconhecimento de que na interpretação judiciária do direito legislativo está insito certo grau de criatividade*”⁴²⁰.

⁴¹⁶ Distinção avisada por ÁVILA (*Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*), com base na *Escola de Gênova*, no que tange à *teoria do direito*, como em TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della legge*; GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas e Interpretare e Argomentare*; CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*.

⁴¹⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p. 50-51; GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e Argomentare* 8 e 64. TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della legge*. LARENZ, Karl. *Metologia da Ciência do Direito*. CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do Direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes*. Tradução: Ana Paula Barbosa-Fohrmann e outros. 3ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: RT, 2012.

⁴¹⁸ TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della legge*. p. 64. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. p. 392-397.

⁴¹⁹ Nas palavras de ÁVILA: “*Dá se dizer que interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir, a uma porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual incorporados os núcleos de sentido, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistentes ao processo interpretativo individual.*” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. P. 53-54.)

⁴²⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993. p. 20.

Ocorre que esta afirmação coloca em dúvida a clássica teoria sobre a Jurisdição, reproduzida ainda hoje em manuais acadêmicos⁴²¹, de que a atividade do juiz estaria voltada apenas para a solução do caso concreto, mediante a declaração e a aplicação da lei. Nossa hipótese é que tal teoria foi desenvolvida em um contexto jurídico diverso do atual, quando pressupunha-se que a *norma era dada* pelo legislador, sendo proibida ou limitada a sua interpretação⁴²². Embora útil ao seu tempo, hoje esta teoria encontra-se superada. Entretanto, só é possível realizar essa afirmação se adotada a premissa da distinção entre texto e norma. Caso contrário, não haveria justificativa para o presente trabalho, na medida em que estaríamos satisfeitos com os estudos sobre a jurisdição

⁴²¹ Para ARRUDA AVIM: “(...)coube ao Poder Judiciário a função de dizer o direito no processo de conhecimento e, quando necessário, de realiza-lo coativamente (processo de execução).” (p. 199) e, também: “O legislador, ao elaborar a lei, inova na ordem jurídica, pois toda a lei discrimina, traçando novas condutas, ao passo que o juiz, aplicando a norma já existente, não o faz com a mesma intensidade, visto que apenas fez valer a norma anterior, aplicando-a no caso concreto.” (p. 201) – ALVIM, Arruda. *Manual de direito Processual Civil*. 15ª ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Em outras palavras, SCARPINELLA afirma: “Jurisdição, assim, é a função exercida pelo Estado-juiz para declarar e realizar concretamente o direito, mesmo que uma tal realização seja forçada, isto é, não conte com a colaboração, compreendida a palavra em seu sentido mais amplo, daquele em face de quem a função jurisdicional será prestada.” (p. 250) – SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de direito Processual Civil: Teoria Geral do direito Processual Civil*. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, vol. I. Já para CÂMARA, não existem dúvidas que a ideia de jurisdição de Chiovenda é a mais adequada: “Verifica-se, assim, que um conceito de jurisdição só será adequado se tomar por base a concepção de Chiovenda. É com base nessa premissa que conceituamos a função jurisdicional como função do Estado de atuar a vontade concreta do direito objetivo, seja afirmando-a, seja realizando-a praticamente, seja assegurando a efetividade de sua afirmação ou de sua realização prática.” (p. 72) – CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito Processual Civil*. 14ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. vol. I. Para HUMBERTO THEODORO JR., o conceito de jurisdição estaria ligado tanto à ideia de Chiovenda, quando a de Carnelutti (a partir da ideia de *lide*): “jurisdição é a função do Estado de declarar e realizar, de forma prática, a vontade da lei diante de uma situação controvertida.” (p. 38) – THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 49ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Vol. I. Na definição de FUX a jurisdição possui “a atribuição de solucionar conflitos mediante a aplicação do direito objetivo, abstratamente concebido, ao caso concreto” (p.42), ao finalizar esta afirmação, o autor cita CHIOVENDA na sua nota de rodapé nº 2. – FUX, Luiz. *Curso de direito Processual Civil – processo de conhecimento*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. vol. I. E, de forma não muito diferente, defini AMARAL SANTOS: “o objetivo do Estado, no exercício da função jurisdicional, é assegurar a paz jurídica pela atuação da lei disciplinadora da relação jurídica em que controverterem as partes”, outra importante passagem: “Enquanto no desempenho da função legislativa o Estado elabora leis, normas gerais e abstratas de coexistência social, no exercício da jurisdição atua a lei no caso concreto”. (p. 31) – SANTOS, MOACYR AMARAL. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 28ª ed. atualizada por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. I.

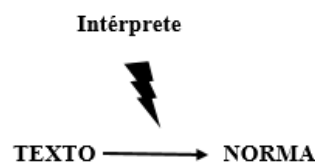
⁴²² Amplamente: MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: RT, 2013. MARINONI, Luiz Guilherme. *STJ enquanto Corte de Precedente. Recompreensão do Sistema Processual da Corte Suprema*. São Paulo: RT, 2013.

realizados até hoje, sendo desnecessária a revisitação deste instituto tão caro do direito Processual Civil. Por esta razão, são valiosos os ensinamentos de OVÍDIO BAPTISTA:

Imaginar hoje que o juiz seja apenas “boca da lei”, como no século XVIII pretendia Montesquieu, depois de tudo o que se escreveu e de toda as vicissitudes que marcaram o trágico século XX, afigura-se, para a grande maioria de nossos juristas, uma grosseira heresia, fruto de ingenuidade, quando não de uma indesculpável ignorância.

Este modo de pensar o direito Processual Civil talvez seja um dos ardis mais astuciosos a impedir a sua evolução. Enquanto formos mantidos na ilusão desse falso progresso, estaremos apaziguados e satisfeitos com os pródigos de nossa modernidade, no campo legislativo e doutrinário.⁴²³

Assim, é a partir da adoção de uma *teoria cética moderada da interpretação jurídica* que podemos fundamentar uma *teoria reconstrutivista da jurisdição*. Isto porque, essa teoria da interpretação parte da distinção entre texto e norma para compreender o direito, valorizando a atividade do intérprete na reconstrução de sentidos dos textos normativos outorgados pelo legislador, que aqui representamos a partir da seguinte figura:



É na importância da atividade do intérprete para a construção da norma, portanto, que este trabalho está apoiado. É a partir desta constatação que torna-se relevante o estudo da jurisdição, antes vista somente através dos olhos dos cognitivistas.

É por esta razão que a doutrina aponta para o deslocamento *da vocação do nosso tempo para a legislação e para a ciência do direito* para a vocação do nosso tempo para a *jurisdição* – isto é, para o processo⁴²⁴. Em outras palavras, isso significa dizer que a jurisdição é mais que um meio de resolução de conflitos ao passo que promove a *reconstrução do ordenamento jurídico*, visando dar unidade e coerência ao direito⁴²⁵.

⁴²³ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 89.

⁴²⁴ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho*. Madrid: La España Moderna, Año VIII; PICARDI, Nicola. "A Vocação do Nosso Tempo para a Jurisdição". In: *Jurisdição e Processo*. Organizador e revisor técnico da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁴²⁵ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. p. 15-16.

2.1 A COMPREENSÃO DA JURISDIÇÃO COMO RECONSTRUÇÃO DO SENTIDO DOS TEXTOS NORMATIVOS

A relação entre o *juiz* e a *lei* foi objeto de dogmas desde o pensamento de Montesquieu. Existia um verdadeiro abismo entre a função jurisdicional e a função legislativa, em razão das suas distinções. Podemos classificá-las em distinções materiais e distinções formais⁴²⁶.

A primeira, a categoria das distinções *materiais* entre jurisdição e legislação, refere-se a quatro elementos clássicos distintivos: (i) a lei, que é produto da função legislativa, possui conteúdo normativo, ou melhor, conteúdo geral e abstrato – enquanto a sentença, que é produto da função jurisdicional, possui conteúdo individual e concreto; (ii) a lei é o resultado de um ato de vontade, a sentença é fruto de um ato de puro conhecimento e de averiguação dos fatos; (iii) a lei é produzida “livremente”, sem necessidade de motivação, enquanto a sentença não pode ser considerada como tal se não for motivada; (iv) a atividade legislativa é originária ou primária, enquanto a atividade jurisdicional seria estruturalmente subordinada à lei. Com essas características estava explicada a ideia de que a função legislativa era aquela criadora de normas, enquanto a jurisdição apenas conhece e aplica a lei preexistente⁴²⁷.

Em verdade, a literatura jurídica positiva entende que: (i) o direito é essencialmente um conjunto de normas gerais e abstratas; (ii) a atividade jurisdicional consiste na aplicação da norma pré-constituída aos fatos relevantes da causa, (iii) o produto da sentença é a norma individual e concreta, (iv) tal norma, do ponto de vista lógico, é configurável como uma conclusão de um silogismo judicial, cuja premissa maior é a norma geral e abstrata, a premissa menor a qualificação jurídica dos fatos relevantes da causa⁴²⁸.

⁴²⁶ Classificação de RICCARDO GUASTINI em *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*. Torino: Giappichelli, 1995. p. 11 e ss.

⁴²⁷ GUASTINI, Riccardo. *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*. Torino: Giappichelli, 1995. p. 11-12.

⁴²⁸ CHIASSONI, Pierluigi. *La Giurisprudenza Civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. In: BESSONE, Mario. *Il Diritto Giurisprudenziale*. Milano: Giuffrè, 1999. p. IX

Em, essa afirmação de que é a função legislativa que cria a norma geral e abstrata tem por detrás a ideia iluminista, de que a lei é a expressão da vontade geral do povo. Da mesma forma, a ideia de que a atividade jurisdicional implica em mera descoberta e aplicação da norma tem como pano de fundo o dogma da completude do ordenamento jurídico⁴²⁹. Por *ordenamento jurídico* comumente se entende por conjunto de normas. Já o outro é menos difundido pela doutrina, e compreende o ordenamento jurídico como um completo de instituições⁴³⁰.

Norma é uma expressão ambígua no uso comum. Ela é utilizada para designar tanto o texto normativo, quanto o significado que é dado a ele. Em verdade, por *norma* se entende o conteúdo do significado do enunciado normativo. Assim, a atividade do intérprete tem por objetivo interpretar estes enunciados e não a norma, a norma será o produto – o resultado – desta interpretação⁴³¹.

A teoria cognitiva da interpretação – também chama de formalista – entendia que a interpretação comporta apenas atividade de conhecimento, para descoberta do significado da vontade da lei ou da vontade do legislador. Essa teoria estava difundida na dogmática dos oitocentos. Não obstante, ainda está arraigada no pensamento jurídico contemporâneo, principalmente no que toca à atividade jurisdicional, mas não de forma evidente, e sim de forma mascarada⁴³².

Entretanto este modo de ver a jurisdição está baseado em pressupostos falaciosos como, por exemplo, de que cada palavra possui um significado próprio intrínseco e susceptível de conhecimento. Desta feita, a interpretação sempre consistirá na descoberta do significado preexistente.⁴³³

A atividade jurisdicional não consiste apenas em conhecer e aplicar a norma, consiste também em interpretar o texto normativo dado pelo legislador. Interpretar não é adivinhar o sentido que o legislador teve a intenção de dar ao texto, nem tão pouco descobrir um significado intrínseco ao próprio texto. Interpretar é atribuir sentido ao texto,

⁴²⁹ GUASTINI, Riccardo. *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*. p. 16-17.

⁴³⁰ GUASTINI, Riccardo. *La sintassi del Diritto*. p. 227-229.

⁴³¹ GUASTINI, Riccardo. *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale* p. 17; GUASTINI, Riccardo. *La sintassi del Diritto*. p. 227-228.

⁴³² GUASTINI, Riccardo. *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*. p. 18.

⁴³³ GUASTINI, Riccardo. *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*. p. 18-19.

e este, por sua vez, no máximo nos dá um sentido mínimo que o intérprete devera compor e escolher ao atribuir-lhe significado⁴³⁴.

Só era possível entender que a jurisdição consistia em mera aplicação da norma preexiste à interpretação se acreditava que o ordenamento jurídico poderia ser completo. Entretanto, o ordenamento jurídico enquanto um conjunto de normas, não pode ser considerado como completo ou incompleto antes da interpretação. Isto porque não há norma antes da interpretação. A lacuna, portanto, não existe no ordenamento jurídico antes da interpretação. Da mesma forma, a completude do ordenamento jurídico dependa da interpretação dos textos normativos⁴³⁵.

Assim, a *teoria do direito* evoluiu no campo das *teorias da interpretação*, no sentido de ultrapassar a ideia de que *interpretar* consistiria apenas em *descobrir, revelar* ou *conhecer* o significado da “*norma*”, que era preexistente à atividade do intérprete. Evoluiu para reconhecer que, interpretar é também *escolher*, além de *conhecer* – isto é – *conhecer* todos os sentidos que um texto normativo pode apresentar para, depois, *escolher* qual deles será a norma. É uma escolha *discricionária*⁴³⁶ que faz parte da atividade do juiz, e que deve ser *argumentativamente justificada*. Se este *paradigma*⁴³⁷ *cognitivista* foi superado no âmbito da *teoria do direito*, há, necessariamente, *reflexos* no campo do *processo civil*, principalmente no que diz respeito à função do juiz perante a ordem jurídica. Neste ponto, são atuais as observações feitas por OVÍDIO BAPTISTA:

Afinal, exorcizada, que teria sido, a concepção que fazia do juiz um simples oráculo da “vontade do legislador”; definitivamente superada a doutrina que dizia ser o Judiciário um “poder nulo”, posto que incumbido de apenas declarar o que dissera o legislador, eliminada a ilusão de que a sentença seja somente declaratória, como pretendia o supostamente superado século XIX – mito que a Filosofia do direito, *especialmente no campo da hermenêutica*, desfez nos últimos anos –, para reconhecer que

⁴³⁴ GUASTINI, Riccardo. *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*. p. 19.

⁴³⁵ GUASTINI, Riccardo. *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*. p. 19-20.

⁴³⁶ Nesse sentido: LARENZ, Karl. *Metologia da Ciência do direito*. p. 166. E mais aprofundadamente: BARAK, Aharhon. *La discrezionalità del giudice*. Tradução: Ilaria Mattei. Milano: Giuffrè, 1995.

⁴³⁷ Utilizamos esta expressão em homenagem ao professor Ovídio Baptista, que costumeiramente a utilizava para tratar do “*paradigma racionalista*”, tendo por base a definição de Thomas Kuhn, que entende que paradigmas são realizações científicas, que são universalmente aceitas e, que, durante determinado período de tempo servem para fornecer problemas e soluções para uma comunidade científica. Vide: KUHN, Thomas. S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1991.

a sentença tem uma dose significativa de *vontade*, que afirma o Poder Judiciário exerce função criadora de direito (...).⁴³⁸

A única conclusão possível decorrente desta mudança é a de que a *função do juiz* é mais do que a mera *aplicação* do direito. *O juiz cria e reconstrói o direito mediante a jurisdição*. Isso quer dizer que ele tem tanto o poder de criar a *regra iuris* do caso concreto, como *reconstruir* a ordem jurídica mediante a outorga de sentido ao texto normativo⁴³⁹. “*Sendo os enunciados jurídicos potencialmente equívocos antes do processo de interpretação, a norma que dele resulta constitui um enriquecimento do sistema jurídico.*”⁴⁴⁰

Assim, podemos dizer que a jurisdição tem uma função *privada* e uma função *pública*, isto é, ao mesmo tempo em que está voltada para a *tutela jurisdicional do direito* (para às partes), também está incumbida em *reconstruir os sentidos normativos dos textos* (em uma dimensão geral – para a ordem jurídica)⁴⁴¹.

Assim, a *teoria declaratória da jurisdição* não mais se sustenta atualmente. Hoje é preciso desenvolvermos uma teoria que represente o papel da jurisdição em nosso Estado Constitucional. Este é o desafio do presente trabalho. Aqui, portanto, desenvolveremos as primeiras linhas para uma *teoria reconstrutivista da jurisdição*.

Utilizamos a expressão “*reconstrutivista*” para denominar tal teoria, porque entendemos que a *atividade jurisdicional* transformou-se e evoluiu assim como a *teoria do direito*. O juiz, hoje, tem o papel de *reconstruir* o ordenamento jurídico mediante a *interpretação* do texto legislativo⁴⁴², isso quer dizer que a sua atividade vai além daquela

⁴³⁸ Grifos nossos e também do autor. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. p. 89.

⁴³⁹ TARUFFO, Michele. Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto. *Rev. Trim. Dir. Proc. Civ.* ano LV, n. 1, mar/2001, p. 11-31.

⁴⁴⁰ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. p. 72.

⁴⁴¹ Constatação semelhante é feita por Christoph Kern ao tratar do papel das Cortes Supremas. Nesse sentido: KERN, Christoph. O Papel das Cortes Supremas. Tradução: Maria Angélica Feijó e Ronaldo Kochem. *REPRO*, ano 103, vol. 948, out/2014. p. 47-76.

⁴⁴² HUMBERTO ÁVILA explica: “*pode-se afirmar que o intérprete não só constrói, mas reconstrói sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso. (...) Daí se dizer que interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados núcleos de sentidos, que são, por assim dizer, constituídos pelo uso, e preexistente ao processo interpretativo individual.*” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p. 53-54.)

simples tarefa de *declarar* a norma preexistente. Reconstruir, portanto, é a expressão que melhor encaixa na ideia que estamos aqui a desenvolver, pois *reconstruir* significa *construir* algo a partir tendo um *ponto de partida*⁴⁴³. E é exatamente isso que o juiz faz. Ele *constrói* a norma tendo como *ponto de partida* o texto⁴⁴⁴. Veja-se que não é uma atividade puramente criativa, na medida em que não cria *ex novo*, tal como o legislador – o legislador originário, o legislador constitucional, ele cria a partir do texto normativo, isto é, *reconstrói*.

Isso quer dizer que *atividade interpretativa* realizada pelo juiz envolve mais que atos de *conhecimento*, envolve também atos de *vontade* a partir do momento que o juiz escolhe dentro os diversos significados que um texto normativo pode apresentar qual o sentido que deve prevalecer em detrimento dos demais, utilizando-se, assim de raciocínio *lógico-argumentativo* para *fundamentar* quais os *argumentos* o *influenciaram* na tomada da decisão, tendo por base o diálogo proporcionado pelo contraditório.

Diante deste novo panorama, a jurisdição pressupõe no campo da *teoria do direito*, uma *teoria cética moderada da interpretação*, e uma *teoria das normas* que distingue as espécies normativas em *regras, princípios e postulados*. Isso significa que hoje a *função jurisdicional* colabora com a *função legislativa* para o desenvolvimento do direito.

Ademais, a jurisdição passa a ser mais que um meio eficaz de tutelar não só direitos individuais já violados, mas também um meio para tutelar a *ameaça de lesão* ou de *violação* aos direitos individuais, individuais homogêneos, coletivos ou difusos⁴⁴⁵. A *amplitude da eficácia* da atividade jurisdicional não é mais limitada ao caso concreto, (dimensão particular), passando a atingir também o ordenamento jurídico (dimensão geral).

Aos olhos dos mais apressados, afirmar que o *juiz cria a norma* – ou em outras palavras, que ele *reconstrói o sentido normativo do texto* – pode gerar, no mínimo, certo desconforto. Isso por *dois* motivos evidentes. O *primeiro*, porque o dogma iluminista da *separação dos poderes* parece impedir que qualquer operador do direito possa ver com bons olhos qualquer afirmação que sustente que o juiz possui poderes criativos, mesmo que em certo grau. O *segundo*, porque poderia dizer que o poder de escolha do juiz em relação

⁴⁴³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p. 53-54.

⁴⁴⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. p. 52.

⁴⁴⁵ Amplamente: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

ao *sentido do texto* (a norma) pode ir do *discricionário* ao *arbitrário*⁴⁴⁶. Entretanto, não é isso que estamos aqui a defender.

Quando afirmamos que o juiz tem poder *discricionário*, isto é, *criativo* (em algum grau) precisamos verificar como ele desempenha este poder⁴⁴⁷, para saber como *controlar* tal poder. De acordo com o que sustentamos, ele o exerce mediante a estruturação de argumentos – o *estruturalismo argumentativo*⁴⁴⁸ – justificadamente. Assim, o controle judicial é realizado por meio da *justificação* da decisão, tanto *interna* quanto *externa*, que deve ser racionalmente demonstrada⁴⁴⁹.

2.2 OS EFEITOS PRÁTICOS DA TEORIA RECONSTRUTISTA DA JURISDIÇÃO NO ÂMBITO DO PROCESSO CIVIL: O CONTRADITÓRIO, A FUNDAMENTAÇÃO E O PRECEDENTE

O reconhecimento de que a função jurisdicional não é meramente declaratória, mas reconstrutiva, na medida em que reconstrói os sentidos dos textos dados pelo legislador ao interpretá-los e aplicá-los, significa repensar o papel da jurisdição em nosso Estado Constitucional⁴⁵⁰.

⁴⁴⁶ Conforme adverte TARUFFO em *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*. *Rev. Trim. Dir. Proc. Civ.* ano LV, n. 1, mar/2001, p. 15-19.

⁴⁴⁷ Igualmente: TARUFFO, Michele. *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*. *Rev. Trim. Dir. Proc. Civ.* ano LV, n. 1, mar/2001, p. 11-31.

⁴⁴⁸ Sobre este assunto, amplamente: ÁVILA, Humberto. *Função da Ciência do direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo*.

⁴⁴⁹ Abordaremos melhor este aspecto quando falarmos da *fundamentação das decisões*.

⁴⁵⁰ Sobre a ideia de Estado Constitucional que aqui trabalhamos: “*A República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de direito fundado na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988). Nessa condição, consubstancia-se em um Estado Constitucional, sintética e expressiva fórmula, sendo um ‘Estado de direito’ e o ‘Estado Democrático’ seus dois corações políticos. No que agora interessa, importa ter presente que, como Estado de direito, funda-se na segurança jurídica (art. 1º, caput, da CF/1988). Dignidade da pessoa humana e segurança são os dois princípios fundamentais da nossa ordem jurídica.*” (MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: RT, 2013. p. 16-17.) Ainda neste tema, ver: ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. p. 38-39; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed., Coimbra: Edições Almedina, 2000. p. 92-99; MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do Processo Civil. O acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito Processual*. São Paulo: RT, 1993. P. 15-19; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: RT, 2011. p. 55-68.

2.2.1 O Contraditório

Na perspectiva do cognitivismo interpretativo, o contraditório não passava de mera bilateralidade de manifestações, cujo objetivo estava associado ao binômio informação-reação. Ou seja, bastavam as partes serem intimadas dos atos que ocorriam no processo, assim como oportunizado a elas a respectiva manifestação, para que o contraditório estivesse satisfeito.

Já na visão do ceticismo moderado interpretativo, o contraditório significa *participar* do processo e nele *influir*. Em outras palavras, podemos dizer que binômio *informação-reação* não é mais suficiente para representar o conteúdo do contraditório, que hoje por ser melhor refletido no binômio *participação-influência*.

Essa nova ideia de contraditório demonstra que a jurisdição hoje é ambiente democrático. Para muito além da hipótese de que apenas na esfera legislativa haveria democracia, a jurisdição tem se mostrado, cada vez mais, um ambiente democrático, na medida em que as partes têm o direito e o poder de *participar* da condução do processo que levará à solução do seu caso, e, principalmente, o de *influir* na decisão que gerará efeitos na sua esfera jurídica.

Tal concepção do contrário é fruto de uma evolução histórica recente, pois no positivismo jurídico do século XIX até a primeira metade do século XX, o conteúdo do contraditório foi esvaziado a ponto de, sequer, ser reconhecido como um direito fundamental processual. Na Alemanha, durante o período nazista, a pretensão era suprimir o contraditório que, apenas no período pós-guerra, e com a transformação do eixo do Estado de direito em torno da dignidade humana, do acesso à justiça e dos direitos fundamentais, que o contraditório foi resgatado⁴⁵¹.

Foi a partir da virada da concepção individualista para a publicista do processo que identificou-se no exercício da função jurisdicional objetivos que ultrapassam

⁴⁵¹ CABRAL, Antônio do Passo. "Princípio do Contraditório". In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (org); TORRES, Silvia Faber (sup). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2011. p. 193-194.

a esfera de interesse das partes, para atender interesses sociais e políticos, como mais fundamental deles, o da participação popular e democrática através do processo⁴⁵².

A ideia de contraditório como *participação e influência* está, portanto, diretamente ligada à ideia de Estado Constitucional. Isso porque, é intrínseco a este modelo de Estado a importância da *participação* como o elemento legitimador do exercício do poder⁴⁵³. E, se o poder do Estado é uno, e o seu exercício é dividido em diferentes funções, não há como negar que a jurisdição é uma delas. Tal compreensão da função jurisdicional esclarece que é também mediante a jurisdição que são concretizados os escopos políticos e democráticos do direito. Não há como fechar os olhos para essa realidade. As hipóteses em que o povo dispõe de instrumentos para manifestar seus interesses e opiniões perante o Estado, de forma direta, são escassas e pouco utilizadas no Brasil, como o referendo e o plebiscito⁴⁵⁴. Assim, como negar que a jurisdição é um ambiente democrático, se as partes participam e influenciam diretamente na decisão (o direito) que será aplicado a elas? A resposta nos parece clara no sentido de que negar esta realidade⁴⁵⁵ é retroceder aos oitocentos. E, neste aspecto, é preciso ser dito que a democracia não está apenas presente no perfil representativo, mas também – e, principalmente – nos perfis participativo e deliberativo⁴⁵⁶.

⁴⁵² CABRAL, Antônio do Passo. "Princípio do Contraditório". In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (org); TORRES, Silvia Faber (sup). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2011. p. 197; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do Processo*. 15ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013. P. 81-84.

⁴⁵³ OLIVEIRA, Rodrigo Führ de. *O contraditório e a motivação no Processo Civil. Do cognitivismo interpretativo ao ceticismo moderado*. 2013. 72 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. p.50.

⁴⁵⁴ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. P. 184-190.

⁴⁵⁵ Precisamos esclarecer que não há espaço neste trabalho para o desenvolvimento aprofundado das questões sobre jurisdição, processo e democracia. Ainda mais, quando analisa-se este tema exclusivamente sob o aspecto constitucional, que requer um aprofundamento e cuidado ainda maior para tratar desta matéria que, inclusive, vem sendo trabalhada pela doutrina contemporânea. Por ora, basta ser apresentada a ideia de que a jurisdição, mediante o processo, é ambiente democrático quando visualizamos o contraditório na sua faceta participação-influência. Sobre o problema da democracia a atividade jurisdicional no âmbito constitucional, amplamente: MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. E, também, do mesmo autor: *direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011. Sobre a resistência em enxergar na função jurisdicional o exercício da democracia: CARVALHO, Amilton Bueno de. Papel dos Juízes na Democracia. *Revista da AJURIS*, Jul/1997. Ano XXIV. vol. 70. p. 345-373.

⁴⁵⁶ E acrescenta: "De fato, as instâncias de participação popular não se exaurem no âmbito legislativo através do direito de votar e ser votado. Qualquer meio de pressionar, influenciar e reivindicar posicionamentos decisórios estatais deve ser fomentado como forma legítima de participação (...). "Princípio do Contraditório". In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO,

O contraditório é, portanto, a via de participação e influência pelo processo, através do ambiente jurisdicional. Todos os agentes do processo participam do debate sobre a solução da lide, ou melhor, participam da discussão a respeito do conteúdo probatório e dos sentidos normativos que devem ser dados aos textos legislativos⁴⁵⁷.

Isso quer dizer que a eficácia do contraditório não está restrita às partes, mas também ao juiz. E esta afirmação não se restringe ao entendimento de que o juiz está sujeito ao contraditório apenas no que diz respeito ao seu dever de garanti-lo às partes. Pelo contrário, a eficácia do contraditório sobre o juiz é bem mais ampla.

O contraditório não permite ao juiz, por exemplo, decidir sobre questões que não foram previamente debatidas pelas partes⁴⁵⁸. “*A regra está em que todas as decisões definitivas do juízo se apoiem tão somente em questões previamente debatidas pelas partes.*”⁴⁵⁹ Há, portanto, a proibição de *decisões-surpresas* emitidas pelo Poder jurisdicional, na medida em que o contraditório assegura a participação das partes em juízo, ao mesmo tempo que tutela a *segurança jurídica* dos jurisdicionados frente ao Estado-juiz. Ainda nesta linha, para se evitar *decisões-surpresas*, o juiz tem o *dever de debate* e o *dever de consulta* às partes.

É por isso que afirmamos que o contraditório é bem desenvolvido em um *modelo de processo cooperativo*, em que o juiz tem para com as partes o dever de *colaboração*, que pode traduzido nas condutas judiciais de *prevenção, esclarecimento, consulta e auxílio*⁴⁶⁰. Ideia que é reforçada pelo reconhecimento da teoria cética moderada

Flávio (org); TORRES, Silvia Faber (sup). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2011. p. 197.

⁴⁵⁷ CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *REPRO*, vol. 126. Ago/2005. p. 59 e ss.

⁴⁵⁸ Não esqueçamos que as decisões provisórias (como aquelas que antecipam a tutela jurisdicional em face da urgência) podem ser tomadas sem o prévio debate entre as partes, em razão do contraditório, neste caso, ser aplicado de forma diferida/postergada. Não há, nesta hipótese, violação ao contraditório que, em razão da urgência, é realizado após a decisão judicial. É o que esclarece: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p. 648-649-650.

⁴⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p. 648-649.

⁴⁶⁰ Sobre os deveres de prevenção, esclarecimento, consulta e auxílio, utilizamos o modelo de colaboração no processo desenvolvido por: MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. Todavia, não esqueçamos da contribuição de FREDIE DIDIER JR. sobre este mesmo tema, em uma perspectiva um pouco diferente desenvolvida em: *Fundamentos do Princípio da Cooperação no direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra, 2011.

da interpretação como influência na concepção de jurisdição, pois “*acaba alterando a maneira de como o juiz e as partes se comportam diante da ordem jurídica a interpretar [e] aplica no caso concreto.*”⁴⁶¹ Da mesma forma, a lógica-argumentativa utilizada para interpretar e aplicar o direito, exige que as partes participem do debate sobre todos os pontos relativos ao processo, que convencionamos distinguir em dois principais: as *questões de fato* e as *questões de direito* que irão compor a decisão judicial. Este debate é travado mediante a troca de argumentos, que devem ser observados pelo juiz quando for o momento de decidir o caso.

O viés da *participação* como conteúdo do contraditório, até agora destacado, mostra-se vazio se não for contraposto ao viés da *influência*. É que não basta a mera participação das partes no processo sem que haja a real influência desta participação no conteúdo da decisão judicial. Caso bastasse, ainda estaríamos na perspectiva da suficiência da bilateralidade de instância de manifestação das partes, típica do contraditório visto a partir do cognitivismo interpretativo.

Em verdade, só é possível aferir se houve substancialmente a participação das partes na tomada da decisão pelo juiz, se o debate travado entre elas influenciou o conteúdo da decisão judicial. Se não houve influência, não houve efetiva participação (mas apenas bilateralidade de oitivas). É por isso que o contraditório, influenciado pela ideia de uma jurisdição que reconstrói os sentidos das proposições jurídicas, é denominado de *contraditório-forte* ou *contraditório-substancial*.

A conclusão decorrente destas afirmações é a de que *o contraditório é o direito de influência sobre a decisão judicial*, tanto em relação às provas produzidas no processo (em uma dimensão particular: partes), quanto à outorga de sentido aos textos normativos na atividade de reconstrução da ordem jurídica (em uma dimensão geral: ordem jurídica) que compõe a *fundamentação* da decisão.

É por esta razão que só podemos aferir se houve ou não a efetiva *participação* das partes no processo através da sua *influência* na decisão judicial. A influência, por sua vez, só pode ser atestada quando olhamos para o raciocínio que levou o

⁴⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012. p. 648-649.

juiz a decidir de uma determinada maneira. Este raciocínio está expresso e delineado na fundamentação da decisão judicial. É o que passaremos a analisar agora.

2.2.2 A Fundamentação

Demonstramos que a anterior concepção da jurisdição como função limitada ao descobrimento e à declaração da norma preexistente reduzia o raciocínio judicial ao campo da lógica formal, em que a decisão era a conclusão de uma operação silogística realizada pelo juiz. Para ser considerada fundamentada, a decisão judicial deveria conter expressamente a representação desse raciocínio *lógico-silogístico*⁴⁶² aplicado pelo juiz. Bastava, assim, que apenas fosse demonstrada qual a norma que estava sendo aplicada ao caso (premissa maior), e os fatos juridicamente relevantes e provado no processo (premissa menor).

A partir do *ceticismo moderado interpretativo*, entendemos que a norma não é aquele texto dado pelo legislador, a norma é o sentido dado ao texto pelo intérprete, a partir de, em um primeiro momento, com o conhecimento de todos os sentidos que um texto normativo pode apresentar para, em um segundo momento, ao decidir por qual sentido é o adequado e deve prevalecer em detrimento dos demais. Somente após esta operação é que a norma jurídica está cristalizada para ser aplicada ao caso.

Entretanto, esta atividade de outorga de sentido à norma é feita por todos os agentes do processo: partes e juiz. Dentro de um modelo de processo colaborativo, o juiz é paritário no diálogo, e apenas assimétrico na decisão. Ou seja, *no momento do debate* do sentido do texto normativo, juiz e partes dialogam mediante contraditório-forte, formando uma verdadeira *comunidade de trabalho (Arbeitsgemeinschaft)*⁴⁶³ para a construção da norma, a partir dos sentidos mínimos que apresentam os textos normativos dados pelo legislador. Já, no momento da decisão, o juiz decide por qual o sentido do texto que deve prevalecer sobre os demais, justificando mediante a apresentação de argumentos a

⁴⁶² Sobre a análise do raciocínio silogístico realizado pelos juízes: CHIASSONI, Pierluigi. Notas para un análisis silogístico del discurso judicial. *Doxa*, n. 20, 1997, p. 53-90.

⁴⁶³ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. p. 81 e ss.

construção do sentido e a sua adequação ao caso concreto. Aqui, portanto, o raciocínio judicial não é mais apenas lógico-silogístico, mas lógico-argumentativo.

Isso quer dizer que a fundamentação da decisão judicial adquire significado e importância ainda maior no âmbito do processo civil no Estado Constitucional, na medida em que na decisão judicial está a justificação do sentido outorgado ao texto normativo – isto é, a norma. E não só, a fundamentação tem importante função endereçada às partes, na medida em que é o núcleo duro do *direito fundamental ao processo justo* e, ao mesmo tempo, o *banco de prova do direito ao contraditório das partes*⁴⁶⁴.

O contraditório é, na verdade, o parâmetro para verificação da *extensão* do dever de motivação das decisões judiciais⁴⁶⁵.

Se o contraditório significa direito de influir, é pouco mais que evidente que tem de ter como contrapartida *dever de debate – dever de consulta, de diálogo*, inerente à *estrutura cooperativa do processo*. Como é de fácil intuição, *não é possível aferir se a influência foi efetiva se não há o dever judicial de rebate aos fundamentos levantados pelas partes*. (grifo dos autores)⁴⁶⁶

E, a fundamentação é, assim, o elemento definidor da jurisdição⁴⁶⁷. Se não há fundamentação na decisão judicial, não há atividade jurisdicional. Essa é a ideia que nossa Constituição Federal traz no artigo 93, inciso IX, quando expressa: “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade*”⁴⁶⁸.

Assim, o dever de motivação das decisões judiciais no Estado Constitucional mostra-se como um importante instrumento de controle do poder da jurisdição a serviço do jurisdicionado, assim como da sociedade em geral. Isso porque,

⁴⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito Constitucional. São Paulo: RT, 2012. p. 665-667. e MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente - Dois discursos a partir da decisão judicial. *REPRO*, vol. 206, 2012, p. 62-63.

⁴⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito Constitucional. São Paulo: RT, 2012. p. 665-667

⁴⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito Constitucional. São Paulo: RT, 2012. p. 667.

⁴⁶⁷ TARUFFO, Michele. *La Motivazione della Sentenza Civile*. p. 466.

⁴⁶⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Senado*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 05/03/2015.

[m]ais do que possibilitar às partes atacarem de forma especificada os fundamentos da decisão, tal exigência de motivação consiste em um meio de controle da sociedade sobre a atuação dos juízes, de sua legalidade e imparcialidade, razão pela qual até as decisões de última instância, que não suportem recurso, devem estar fundamentadas. Além do controle processual, a justificação se presta também ao controle extraprocessual e difuso sobre o modo como o Estado administra a justiça na sociedade.⁴⁶⁹

É por esta razão que a fundamentação das decisões judiciais é o elemento que legitima a atividade jurisdicional. Assim,

[n]o plano concernente à individualização, interpretação e argumentação jurídica, interessa ter presente a dimensão dialógica do processo – desde a sua formação até a sua extinção – e a necessidade de o discurso jurídico ser racionalmente estruturado e coerente. Isso quer dizer que o discurso deve ser intersubjetivamente controlável a partir da invocação de razões relevantes que conduzam ao maior grau possível de aceitação racional da decisão, dado que o escopo da justificação está justamente em conduzir a partir daí a um grau significativo de aceitação da decisão.⁴⁷⁰

Sem a justificação das razões e das premissas adotadas pelo juiz em sua decisão, não podemos dizer que estamos dentro do ambiente democrático da jurisdição.⁴⁷¹ Tanto é que, a diferença entre a atividade do juiz para a atividade do legislador é juntamente esta: o juiz age justificadamente, ao fundamentar as suas decisões; já, o legislador, não.

Ocorre que, ainda hoje, a estrutura fundamental das decisões judiciais está apoiada, apenas, em raciocínios silogísticos⁴⁷². É que o silogismo ainda é visto como o instrumento de resolução de dois problemas: o da decisão judicial para o caso, como o da motivação⁴⁷³. Entretanto, esta visão não mais subsiste no momento em que reconhece-se a função reconstrutiva da jurisdição perante o ordenamento jurídico.

⁴⁶⁹ ROQUE, Andre Vasconcelos. Dever de Motivação das Decisões Judiciais e Controle da Jurisprudência no Novo CPC. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de Oliveira. *Novas Tendências do Processo Civil. Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 250.

⁴⁷⁰ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. p. 26.

⁴⁷¹ Nesse sentido MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. E, também, do mesmo autor: *direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁴⁷² Conforme constata BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Epistemologia das Ciências Culturais*. p. 79.

⁴⁷³ TARUFFO, Michele. *La Motivazione della Sentenza Civile*. Padova: Cedam, 1975. p. 11-12.

Não podemos negar que o juiz utilize silogismos em seu raciocínio, se não estaríamos negando nossa realidade forense. Entretanto, também se vale de outros tipos de valorações e raciocínios dedutivos e indutivos para chegar à decisão definitiva sobre o caso. Caso contrário, se o raciocínio do juiz consistisse apenas em silogismos, não haveria espaço para a interpretação da lei, assim como para a justificação deste processo interpretativo realizado pelo juiz⁴⁷⁴. Em outras palavras, “*a concepção de uma jurisdição apenas declaratória impede que o juiz fundamente a sentença*”⁴⁷⁵

O problema é que o raciocínio realizado pelo juiz é um processo mental complexo. Tanto é que, recente estudo realizado por pesquisadores da Universidade Federal do Paraná concluiu que, de forma geral, os juízes paranaenses primeiro decidem, para depois encontrarem o fundamento para a sua decisão⁴⁷⁶.

É por esta razão que, quando analisamos a decisão judicial precisamos ter clara a distinção entre o *contexto decisório* e o *contexto justificativo* (*context of discovery and context of justification*). O primeiro está relacionado com “lógica do juiz”, é o procedimento que conduz à formulação uma determinada solução para o caso. Já, o segundo diz respeito à “lógica da decisão”, que corresponde à demonstração de sua mediante a apresentação de justificação⁴⁷⁷.

Pouco importa qual os aspectos subjetivos que influenciam a tomada de decisão pelo juiz – como as questões de cunho particular, ideológico, político ou cultural – até porque, não são passíveis de controle. O que importa, portanto, é a justificação da decisão.

⁴⁷⁴ Segundo TARUFFO, não se negava que o raciocínio judicial poderia ser sintetizado em uma operação silogística, mas que também não poderia ser deixado de lado um novo elemento que mudou o modo tradicional de vermos a função do juiz e a natureza da decisão judicial, era o surgimento do problema dos valores na jurisprudência. O juiz passou, assim, de uma “função abstrata” e de uma “máquina neutra” para tornar-se um *portador de valores éticos-políticos*. Nesse sentido: TARUFFO, Michele. *La Motivazione della Sentenza Civile*. p. 20-23.

⁴⁷⁵ OVÍDIO segue, demonstrando que a fundamentação é ainda mais importante dentro do contexto da equivocidade dos textos normativos: “*Fundamentar pressupõe, necessariamente, a possibilidade de existir duas ou mais soluções legítimas. Isto, para o sistema, seria conferir ao juiz, o poder de rever, ou mesmo criticar, a solução dada pelo texto da lei que lhe cabe apenas revelar, jamais criticar.*” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Epistemologia das Ciências Culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009. p. 99-100.)

⁴⁷⁶ Ver reportagem divulgada no Conjur: Ideologia pessoal define decisões de juízes, diz estudo. *Revista Consultor Jurídico*, 6 de julho de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-06/ideologia-pessoal-define-decisoes-juizes-estudo-ufpr>>. Acesso em 07/03/2015.

⁴⁷⁷ TARUFFO, Michele. *La Motivazione della Sentenza Civile*. p. 213-216.

Assim, hoje, a demonstração do silogismo realizado pelo juiz não é suficiente para fundamentar uma decisão judicial. A mera demonstração de quais premissas foram utilizadas para a conclusão do caso não justifica o labor intelectual realizado pelo juiz. É que as premissas no raciocínio judicial precisam estar justificadas. E é por esta razão que, para que uma decisão possa ser considerada como fundamentada é preciso que ela apresente, de forma racional, *justificação interna* e *justificação externa*. A *justificação interna* demonstra, justamente, a estrutura *lógica* do raciocínio realizado pelo juiz, que precisa ser coerente (ausência de contradições internas). Já a *justificação externa* está no campo da *argumentação*, o julgador precisa demonstrar racionalmente, por meio dos *argumentos* que foram previamente debatidos pelas partes, outorgou um específico sentido a determinado texto normativo em prejuízo de eventuais e diversos outros sentidos que ele poderia apresentar. E não só, o julgador precisa demonstrar também os critérios levados em conta na valoração da prova, porque determinados fatos foram tomados como relevantes para a causa em detrimento de outros⁴⁷⁸. É por esta razão que dizemos que o raciocínio judicial passou do *lógico-silogístico* para o *lógico-argumentativo*.

Por isso afirmamos que na perspectiva da jurisdição como reconstrução do ordenamento jurídico – mediante a outorga de sentido aos elementos textuais dados pelo legislador – a decisão judicial é uma razão justificada da atividade interpretativa realizada pelo juiz. Na decisão é possível perceber a interpretação enquanto *atividade*, e a interpretação enquanto *resultado*. Na primeira acepção, a interpretação é a *justificação* tanto *interna* quanto *externa* da decisão. E, na segunda acepção, a interpretação enquanto *resultado* deve ser *coerente e universalizável*.

Nesse contexto, é fácil reconhecer o caráter completar que a legislação e a jurisdição têm para a criação e o desenvolvimento do direito⁴⁷⁹.

⁴⁷⁸ Mais especificamente: “No plano atinente à adequada verificação das alegações de fato, ganha importância a colocação da verdade como objetivo da prova. Trata-se de pressuposto ético inafastável da conformação do direito ao processo justo. Como as alegações de fato concernem ao mundo natural, o processo adquire uma ‘dimensione epistemica’ e a prova passa a ser instrumento racional para o seu conhecimento. A verdade passa a ser compreendida a partir da ideia de correspondência, de modo que uma proposição é verdadeira se ela corresponde à realidade. Daí que a verdade é ao mesmo tempo objetiva – existe fora do sujeito que a investiga – e relativa – o conhecimento que dela se pode obter normalmente é fundado em um retrato aproximado da realidade. A decisão será tanto mais justa quanto maior for a abertura do processo para a busca da verdade.” (MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. p. 27)

⁴⁷⁹ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. p. 54.

2.2.3 O Precedente

A compreensão de que a jurisdição tem a função de reconstrução do ordenamento jurídico, por meio da interpretação dos textos normativos para a fixação da norma jurídica, impõe a *adoção de instrumentos jurídicos* que possam ser capazes de tutelar a *segurança jurídica* – em seus quatro aspectos: cognoscibilidade, previsibilidade, calculabilidade e confiança – e a *igualdade*. Isso porque, quando reconhecemos o problema da equivocidade dos textos, igualmente reconhecemos que é possível construção de várias normas a partir de um dispositivo⁴⁸⁰, assim como reconhecemos que, conseqüentemente, é possível a outorga de diferentes soluções jurídicas para casos semelhantes, na medida em que o direito passa a ser construído a partir da argumentação travada entre as partes e o juiz mediante o contraditório, cuja atividade e resultado constam na fundamentação da decisão judicial. Nesse sentido, o precedente mostra-se um importante instrumento jurídico capaz de garantir igualdade e segurança jurídica ao jurisdicionado e à sociedade em geral.

Isto porque, o precedente é a *ratio decidendi*, ou melhor, são as razões generalizáveis adotadas como necessárias e suficientes para solução de um caso ou de uma questão jurídica⁴⁸¹. São as abstrações realizadas a partir da fundamentação da decisão judicial⁴⁸² – que contém os fatos jurídicos relevantes, a interpretação dos textos normativos

⁴⁸⁰ Neste mesmo sentido, MITIDIERO afirma: “A teoria lógica-argumentativa, sendo uma teoria não cognitivista, pressupõe a possibilidade de ser atribuída uma pluralidade de sentidos aos enunciados jurídicos, com o que a jurisdição tem de tomar verdadeiras decisões ao longo do processo de interpretação, que devem ser idoneamente justificadas interna e externamente, cujo resultado é uma obra de reconstrução semântica. Esse processo interpretativo culmina com a especificação de uma solução jurídica em um determinado contexto fático-jurídico – ou, se quisermos, como um estreitamento da moldura normativa – e o seu aparecimento constitui um novo dado no sistema jurídico. Rigorosamente, não se trata propriamente de criação da norma jurídica, mas de fixação de sentido normativo anteriormente equívoco.” (MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. p. 71-72.)

⁴⁸¹ Necessário frisar: “É preciso perceber, contudo, que a *ratio decidendi* não é sinônimo de fundamentação – nem, tampouco, de raciocínio judiciário. A fundamentação – e o raciocínio judiciário que nela tem lugar – diz como o caso particular. A *ratio decidendi* refere-se à unidade do direito. Nada obstante, a *ratio* é formada com material recolhido na fundamentação.” (MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e Precedente - Dois discursos a partir da decisão judicial*. REPRO, vol. 206, 2012, p. 71-72.)

⁴⁸² É por isso que afirma-se que a decisão judicial possui dois endereços, um para o caso concreto – a fundamentação – e, outro, para a sociedade em geral, bem como para a ordem jurídica – o precedente. Amplamente: MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e Precedente - Dois discursos a partir da decisão judicial*. REPRO, vol. 206, 2012, p. 61-77.

e o raciocínio jurídico utilizado pelo juiz na aplicação do direito ao caso – e que podem ser replicadas a outros casos semelhantes⁴⁸³. “Isso quer dizer que para identificação, compreensão e aplicação do precedente é indispensável leva em consideração as razões fático-jurídicas que presidiram a sua formação.”⁴⁸⁴

Assim, diferentemente da jurisprudência, o precedente apresenta-se como uma ferramenta mais eficiente para auxiliar na interpretação e na aplicação do direito de forma equânime, por trabalhar com fatos e com o direito conjuntamente.

É que, antiga visão declaratória da jurisdição, no máximo, via no juiz a alguma atividade criativa, se fosse para afirmar que o juiz criava a norma do caso concreto, que deveria ser observada pelas partes. Essa ideia de que o juiz até teria algum grau de *criatividade* em sua função, mas contudo, de forma muito casuística, já foi um empecilho para a constatação de que os juízes, em verdade, colaboram para a reconstrução da ordem jurídica. A ferramenta que auxiliou no esquecimento deste antigo problema foi, justamente o precedente, na medida em que, sendo possível a extração de razões universalizáveis e replicáveis para outros casos a partir da decisão judicial, então era possível visualizar que a atividade dos juízes era mais que uma simples declaração, mas sim, uma reconstrução⁴⁸⁵.

A jurisprudência, assim, tem se mostrado como um mecanismo precário para auxiliar na tarefa de unidade interpretativa e aplicativa do direito, visto que foi desenvolvida em um ambiente em que se compreendia que o produto da atividade jurisdicional jamais teria o condão de impactar na ordem jurídica. Muito pelo contrário, a jurisprudência era o resultado da declaração e da aplicação das normas preexistentes ao caso concreto. Nesse sentido, a jurisprudência trazia somente o resultado do julgamento da

⁴⁸³ Neste aspecto é importante referir que o precedente será identificado sempre por um segundo magistrado, aquele que interpreta a decisão judicial (ou as decisões judiciais) para construção do precedente, e não por aquele que a (as) deu origem. Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010. MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente - Dois discursos a partir da decisão judicial. *REPRO*, vol. 206, 2012, p. 61-77. MARINONI, Luiz Guilherme. *STJ enquanto Corte de Precedente. Recompreensão do Sistema Processual da Corte Suprema*.

⁴⁸⁴ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. p. 72.

⁴⁸⁵ Neste sentido: CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alerge: Sérgio Antônio Fabris, 1993. p. 83-84.

causa, a partir da condensação de enunciados abstratos redigidos sem qualquer contextualização com os fatos do caso concreto⁴⁸⁶.

Desta forma, o reconhecimento da jurisdição função destinada não só à aplicação do direito, mas também à sua interpretação e desenvolvimento, bem como à reconstrução do ordenamento jurídico, demonstra que é preciso pensar a racionalização da atividade jurisdicional, mediante a divisão de competências entre os órgãos do Poder Judiciário. Essa racionalização está afinada com a necessidade do processo civil pensar e desenvolver técnicas e procedimentos idôneos a dar tutela adequada, efetiva e tempestiva aos direitos. A jurisdição está preocupada tanto com a justiça do caso concreto, como a reconstrução da ordem jurídica. Por esta razão, é preciso que a atividade jurisdicional esteja dividida em órgãos especializados em cumprir com estas duas funções.

Nessa linha de raciocínio, o primeiro e o segundo grau de nossa jurisdição estão voltados para a tutela do direito no caso concreto, preocupando-se, primordialmente com a produção e a valoração da prova. Já as nossas Cortes de Vértice, o terceiro grau de jurisdição, está voltado para dar tutela à unidade do direito, mediante a prolação de decisões aptas a formas precedente, e assegurar uma maior igualdade e segurança jurídica para a interpretação e a aplicação do direito.

É por isso que, reconhecermos na jurisdição a sua função reconstitutiva impõe-nos a utilização dos precedentes, assim como a adoção de um modelo de cortes de vértice voltada para a sua produção, tal como uma Corte Suprema⁴⁸⁷.

⁴⁸⁶ Observação de MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. p. 48.

⁴⁸⁷ Amplamente: MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Hoje, não mais se mostra verossímil afirmar que o texto normativo, por si só, é capaz de promover a aplicação unívoca e igualitária do direito, sem o reconhecimento de qualquer interferência do juiz, na qualidade de intérprete da lei. As questões jurídicas surgidas na realidade dos casos mostraram-nos que a má redação dos textos normativos, a proliferação de fontes e o uso intencional da linguagem jurídica com maior grau de indeterminação exigem seja reconhecida a necessária e inevitável *atividade* que possa atenuar e solucionar o problema da *equivocidade* dos textos. Essa *atividade* é a *interpretação* realizada pelo juiz que, no processo, também se mostra como um *resultado*, isto é, um *discurso* que é produto do intérprete.

Da mesma forma, isso é dizer que também não mais se mostra verossímil acreditar que o *texto normativo*, que nos é outorgado pelo legislador, possa ser considerado como *norma*. O texto, por si só, mostra-se insuficiente para promover a *igualdade e segurança jurídica* – que são os *fins* do *processo civil*, ao lado da promoção da *tutela jurisdicional dos direitos* de forma *efetiva, adequada e tempestiva* – o que torna fundamental o devido reconhecimento do papel desempenhado por seu *intérprete-aplicador*, o juiz. Hoje, portanto, pressupõe-se a distinção entre *texto* e *norma*, segundo a qual o *texto* é o *ponto de partida* para a *atividade* do intérprete, cujo *resultado* será a conformação da *norma*, mediante a atribuição de *sentido* ao texto, em um *processo interpretativo* que envolve *individualizações, valorações e escolhas*, em um discurso lógico e, ao mesmo tempo, argumentativo do juiz.

Todos estes indicadores apontados por *teóricos do direito*, e destacada e especificamente por aqueles pertencentes à *Escola de Gênova*, demonstram uma profunda *mudança na compreensão do direito*. O direito não é mais concebido como objeto preexistente e susceptível de conhecimento. O direito é, hoje, um objeto dinâmico, constantemente reconstruído por meio da atividade do intérprete, que tem função de lhe atribuir sentido. Esta é a ideia da *teoria cética moderada da interpretação jurídica*, em outras palavras, do *Realismo Genovês*.

Se é verdade que essas mudanças ocorreram no âmbito da *teoria do direito*, como negar que *não houve reflexos no âmbito do processo civil*, principalmente no que toca à *função da jurisdição perante a nossa ordem jurídica*?

Esta questão representou a *problemática* que foi o ponto de partida da *pesquisa* da presente dissertação de Mestrado. A hipótese com que trabalhamos para responder esta questão foi, justamente, a de que a concepção a respeito da *interpretação judicial* (no contexto da *teoria do direito*) é determinante à ideia de *jurisdição* (no contexto do *processo civil*).

Da investigação aqui traçada, entendemos que a hipótese trabalhada nesta pesquisa é *verdadeira*.

Isso porque, a *teoria cognitivista da interpretação jurídica*, típica dos oitocentos e do início dos novecentos, acreditava que a atividade do intérprete compreenderia apenas *atos de conhecimento* para a descoberta do conteúdo da lei (*avontade da lei*), que era intrínseco ao texto e unívoco. *É daí que tem origem a concepção de jurisdição como mera declaração do direito preexistente, que era dado pelo legislador*. A partir desta ideia, o raciocínio judicial era visto meramente como lógico-dedutivo, tendo como instrumento principal o silogismo, que trouxe reflexos práticos no processo civil, em relação a compreensão acerca do contraditório, da fundamentação e da jurisprudência.

Já com a adoção de uma *teoria cética moderada da interpretação jurídica*, é tornada nítida a compreensão de que, no processo interpretativo, o intérprete também pratica *atos de vontade*, além de *atos de conhecimento*, na medida em que os textos normativos são potencialmente *equivocos*, com o que se reconhece ao juiz uma nova função: deixa-se de lado a descrição de sua atividade como sendo de *descoberta da vontade da lei*, para buscar a sua compreensão em uma *reconstrução do sentido dos textos normativos*, mediante a atividade de *individualização, valoração e escolha* de um dos diversos significados apresentados pelo texto normativo, em detrimento dos demais. Isso demonstra que o direito passa a ser construído a partir da *argumentação jurídica* travada entre as partes e o juiz mediante o contraditório, cuja *justificação* e seu *resultado* constam na *fundamentação* da decisão judicial, que, por sua vez, é apta para formar *precedentes*.

Hoje, portanto, torna-se claro que legislador e juiz *colaboram* para a *criação* e o *desenvolvimento* do direito, na medida em que os *textos normativos* dados pelo legislador são apenas o ponto de partida para a construção da *norma*, mediante a *interpretação judicial*, cuja consequência prática é a *reconstrução da ordem jurídica* por meio de suas decisões. Por essas razões, uma adequada *teoria da jurisdição* deverá explicar a atividade do juiz-intérprete como sendo de verdadeira *reconstrução da ordem jurídica*.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Fundamentação Jurídica*. Tradução: Zilda Hutschinson Schild da Silva. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil: proposta de um Formalismo-Valorativo*. 4ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. *REPRO*, vol. 71. Jul/1993. p. 31 e ss.

ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 15ª ed. rev. amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito. Teorias da argumentação jurídica*. Tradução: Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3ª ed. São Paulo: Landy, 2003.

ÁVILA, Humberto. A doutrina e o Direito Tributário. In: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos de Direito Tributário*. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. *Revista Direito Tributário Atual*. São Paulo: Dialética, 2013. n. 29.

ÁVILA, Humberto. 'Neoconstitucionalismo': entre a 'Ciência do Direito' e o 'Direito da Ciência'. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*. Salvador: Instituto de Direito Público, n. 17, jan./mar., 2009. p. 1-19. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 20/12/2014.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2014. (1ª edição 2003)

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Epistemologia das Ciências Culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-Canônica*. 3ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2007. (1ª edição 1996)

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Jurisdição, Direito Material e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARAK, Aharhon. *La discrezionalità del giudice*. Tradução: Ilaria Mattei. Milano: Giuffrè, 1995.

BARBERIS, Mauro. Genoa's Realism: a Guide for the Perplexed. *Revista Brasileira de Filosofia*. Ano 62, vol. 240, jan-jun/2013. p. 13-25.

BARBERIS, Mauro. Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione. In: GUASTINI, Riccardo; COMANDUCCI, Paolo. *Analisi e diritto 2004. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Torino: Giappichelli, 2005.

BARBERIS, Mauro. Um pouco de Realismo sobre el Realismo "Genovés". In: BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni B. *El Realismo Jurídico Genovés*. Madrid: Marcial Pons, 2011. p. 201-213.

BELTRÁN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni B. *El Realismo Jurídico Genovés*. Madrid: Marcial Pons, 2011.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. Tradução: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Senado*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 05/03/2015.

BÜLOW, Oskar von. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Tradução: Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964.

BÜLOW, Oskar von. *Statutory Law and the Judicial Function*. Tradução: James E. Herget e Ingrid Wade. In: *The American Journal of Legal History*. Vol. XXXIX, Jan. 1995. p. 71-92.

CABRAL, Antônio do Passo. "Princípio do Contraditório". In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (org); TORRES, Silvia Faber (sup). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2011. p. 193-211.

CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *REPRO*, vol. 126. Ago/2005. p. 59 e ss.

CAENEGEM, Raoul Charles Van. *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*. Cambridge: Cambridge University Press, 1987

CAENEGEM, Raoul Charles Van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. Tradução: Eduardo Lima Machado. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

CALAMANDREI, Piero. *Chiovenda. Recuerdo de Juristas*. Tradução: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1959.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 14ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. vol. I.

CANARIS, Claus-Willelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução da 2ª edição alemã: A. Menezes Cordeiro. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed., Coimbra: Edições Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. Constitucionalismo moderno e o papel do Poder judiciário na sociedade contemporânea. *REPRO*, v. I 5, n. 60, dez. 1990, p. 110-117.

CAPPELLETTI, Mauro. Il quadro civile italiano nel quadro della contrapposizione «common law» - «civil law». *Revista di Diritto Civile*. Anno IX, n.1, Gennaio-Febrario/1963, p. 31-64.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alerge: Sérgio Antônio Fabris, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Papel dos Juízes na Democracia. *Revista da AJURIS*, Jul/1997. Ano XXIV. vol. 70. p. 345-373.

CHIASSONI, Pierluigi. *A Tale from Two Traditions: Civil-law, Common-law, and Legal Gaps*. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (eds.). *Analisi e Diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Torino: Giappichelli, 2006, p. 51–74.

CHIASSONI, Pierluigi. *La Giurisprudenza Civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*. In: BESSONE, Mario. *Il Diritto Giurisprudenziale*. Milano: Giuffrè, 1999.

CHIASSONI, Pierluigi. *L'indirizzo Analitico nella Filosofia del Diritto: I. da Bentham a Kelsen*. Torino: G. Giappichelli, 2009.

CHIASSONI, Pierluigi. *Notas para un análisis silogístico del discurso judicial*. *Doxa*, n. 20, 1997, p. 53-90.

CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Tradução da 2ª ed. italiana: J. Guimarães Menegale. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969. vol I, II e III.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Princípios de Derecho Procesal Civil*. Tradução da 3ª edição italiana: José Casais y Santaló. Madrid: Reus, 1922. Tomos I e II.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di Diritto Processuale Civile*. Milano: Giuffrè, 1993. vol I, II e III.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. (1ª edição 1974)

DIDIER Jr., Fredie. *Fundamentos do Princípio da Cooperação no Direito Processual Civil Português*. Coimbra: Coimbra, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. vol. I.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instrumentalidade do Processo*. 15ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Tradução da 8ª edição alemã: J. Bapstita Machado. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

FARACO DE AZEVEDO, Plauto. Do método jurídico. Reflexão em torno de François Géný. *Revista da AJURIS* - n. 51 - Março/1991.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil – processo de conhecimento*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. vol. I.

GRAU, Eros Roberto Grau. *Porque tenho medo dos juízes? (A interpretação/aplicação do direito e os princípios)*. 6ª ed. refundida do "Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2013. (1ª edição 2002)

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução: Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUASTINI, Riccardo. Due esercizi di non cognitivismo. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (eds.). *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Torino: Giappichelli, 1999, pp. 277-280.

GUASTINI, Riccardo. El Realismo Jurídico redefinido. *Revista Brasileira de Filosofia*. Ano 62, vol. 240, jan-jun/2013. p. 26-42.

GUASTINI, Riccardo. *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale*. Torino: Giappichelli, 1995.

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

GUASTINI, Riccardo. *La sintassi del Diritto*. Torino: Giappichelli, 2011.

HECK, Philipp. *Interpretação da Lei e Jurisprudência dos Interesses*. Tradução: José Osório. São Paulo: Saraiva, 1947

HERGET, James E.; WALLACE, Stephen. The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism. *Virginia Law Review*. vol. 73, No. 2 Mar., 1987, pp. 399-455.

HOLMES, Oliver Wendell. The Theory of Legal Interpretation. *Collected Legal Papers*, 1920 (reedição 1952).

"Ideologia pessoal define decisões de juízes, diz estudo." *Revista Consultor Jurídico*, 6 de julho de 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-06/ideologia-pessoal-define-decisoes-juizes-estudo-ufpr>>. Acesso em 07/03/2015.

KAUFMANN, Arthur; HASSERMER, Winfried (org.). *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Tradução da 6ª edição alemã (1994): Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Revisão Científica: António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Tradução: José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KERN, Christoph. O Papel das Cortes Supremas. Tradução: Maria Angélica Feijó e Ronaldo Kochem. *REPRO*, ano 103, vol. 948, out/2014. p. 47-76.

KUHN, Thomas. S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1991.

LACERDA, Galeno. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. 8º Vol., Tomo II.

LANES, Júlio César Goulart. *Fato e Direito no Processo Civil Cooperativo*. São Paulo: RT, 2014.

LARENZ, Karl. *Metologia da Ciência do Direito*. Tradução da 6ª edição alemã reformulada: José Lamengo. 3ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Do arbítrio à razão reflexões sobre a motivação da sentença. *REPRO*, vol. 29. Jan/1983. p. 79 e ss.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Storiografia Giuridica Manipolata. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova: Cedam. Ano XXIX, n. 1. 1974. p. 100-123.

LLEWELLYN, Karl N. Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound. *Harvard Law Review*, Vol. 44, No. 8 Jun., 1931, pp. 1222-1264.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do Processo Civil. O acesso à justiça e os institutos fundamentais do Direito Processual*. São Paulo: RT, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *STJ enquanto Corte de Precedente. Compreensão do Sistema Processual da Corte Suprema*. São Paulo: RT, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2015. vol. I.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil Comentado*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos Fundamentais Processuais. In: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópicos no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. *Revista de informação legislativa*, v. 35, n. 139, p. 5-22, jul./set. 1998

MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: RT, 2011. (1ª edição 2009)

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: RT, 2013.

MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente - Dois discursos a partir da decisão judicial. *REPRO*, vol. 206, 2012, p. 61-77.

MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *REPRO*, v. 35, n. 183, p. 165-194, 2010

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do Direito. Introdução à teoria e metódica estruturantes*. Tradução: Ana Paula Barbosa-Fohrmann e outros. 3ª ed. rev. atual. e amp. São Paulo: RT, 2012.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do Direito*. 3ª ed. rev. e atual. Tradução: Peter Neumann e Eurices Avance de Souza. São Paulo: RT, 2011.

NEVES, António Castanheira. *Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995.

NEVES, António Castanheira. *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2013 (Reimpressão 1ª Edição)

OLIVEIRA, Rodrigo Führ de. *O contraditório e a motivação no Processo Civil. Do cognitivismo interpretativo ao ceticismo moderado*. 2013. 72 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

PERELMAN, Chaïm. *Droit, logique et épistémologie*. In: *Le Droit, les sciences humaines et la philosophie*. Paris: Vrin, 1973.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: Nova Retórica*. Tradução: Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: a Nova Retórica*. Tradução: Maria Ermantina de Alda Prado Galvão. Revisão: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PICARDI, Nicola. "A Vocação do Nosso Tempo para a Jurisdição". In: *Jurisdição e Processo*. Organizador e revisor técnico da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PICARDI, Nicola. "Audiatur et altera pars: As Matrizes Históricas-Culturais do Contraditório". In: *Jurisdição e Processo*. Organizador e revisor técnico da tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 3ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1976.

ROQUE, Andre Vasconcelos. Dever de Motivação das Decisões Judiciais e Controle da Jurisprudência no Novo CPC. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de Oliveira. *Novas Tendências do Processo Civil. Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2013. p. 245-262.

SAIN-JUST. *Fragmentos das instituições republicanas*. Edições Einaudi. Disponível no site da *Université du Québec à Chicoutimi* através do link: <http://classiques.uqac.ca/classiques/saint_just/fragments/fragments_institu_republ.pdf> acessado em: 07 de janeiro de 2014.

SANTOS, MOACYR AMARAL. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 28ª ed. atualizada por Maria Beatriz Amaral Santos Köhnen. São Paulo: Saraiva, 2011. vol. I

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho*. Madrid: La España Moderna, Año VIII.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema del Derecho Romano Actual*. Tradução: M. CH. Guenoux e Jacinto Mesía y Manuel Poley. Madrid: F. Góngora y Compañía. 1879. Tomo IV.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil*. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, vol. I.

TARELLO, Giovanni. *Dottrine del Processo Civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989.

TARELLO, Giovanni. *Il realismo giuridico americano*. Milano: Giuffrè, 1962.

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

TARELLO, Giovanni. Orientamenti analitico-linguistici e teoria dell'interpretazione giuridica. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè. Ano XXV (1971) p. 1-18.

TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna: Assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1976.

TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*. Bologna: Il Mulino, 1980.

TARUFFO, Michele. *La Motivazione della Sentenza Civile*. Padova: Cedam, 1975.

TARUFFO, Michele. Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giurfrè. Ano LV, n. 1, mar/2001, p. 11-31.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os Modelos Processuais de civil law e de common law. Tradução: José Carlos Barbosa Moreira. *REPRO*, vol. 110, Ano 28, abr-jun/ 2003, p. 141-158.

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. Tradução: Arruda Alvim, Teresa Arruda Alvim Wambier e André Luís Monteiro. *REPRO*, vol. 199. Set/2011. p. 139 e ss.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 49ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Vol. I.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. *REPRO*, vol. 168. Fev/2009. p. 107 e ss.

TORRES, Ana Paula Repolês. A Onipotência do Legislador e o giro Hermenêutico-Filosófico. *Intuitio*. v. 2, n. 3, dez. 2009, p. 12-29. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/face/ojs/index.php/intuitio/article/view/5988>>. Acesso em: 08 Jan. 2015.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e Jurisprudência*. Tradução: Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979

VILLA, Vittorio. A Pragmatically Oriented Theory of Legal Interpretation. *Revus* 12 - 2010. p. 89-120.

VIOLA, Francesco. *Orientamenti storici in tema di interpretazione della legge*. Palermo: Celup, 1975.

WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Tradução: Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1977. vol. I e II.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Tradução da 2ª edição alemã: A. M. Botelho Hespanha. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2010.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. *The Judicial Application of Law*. Tradução: Zenon Bankowski e Neil MacCormick. Springer-Science+Business Media, B.V., 1992.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi, 1992.