

## O PROBLEMA DA VINCULAÇÃO À LEI NA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

*André de Albuquerque Cavalcanti Abbud*

THE PROBLEM OF THE POSTULATE OF THE STRICT TIE BINDING  
COURTS TO LEGAL STATUTES

### RESUMO

O POSTULADO DE ABSOLUTA VINCULAÇÃO DO JUIZ À LEI, RESULTADO DAS ESCOLAS JUSCIENTÍFICAS SURGIDAS À LUZ DO IDEÁRIO LIBERAL-RACIONALISTA, FOI POSTO EM CHEQUE A PARTIR DO RECONHECIMENTO DO CARÁTER CRIATIVO INERENTE À INTERPRETAÇÃO JUDICIAL. POR OUTRO LADO, EXIGÊNCIAS LIGADAS À SEGURANÇA JURÍDICA MANTÊM VIVAS CERTAS FUNÇÕES DESEMPENHADAS PELA IDÉIA DE SUJEIÇÃO DO JUIZ À LEI. DESSE QUADRO ANTITÉTICO EMERGE A QUESTÃO DE REAVALIAR O CONTO RNO E ALCANCE DA VINCULAÇÃO DO INTÉRPRETE À LEI. PROPÕE-SE O ENFRENTAMENTO DO PROBLEMA A PARTIR DE DUAS PERSPECTIVAS DA RELAÇÃO ENTRE O JUIZ E A NORMA, VAZADAS NAS DÍADES DENTRO/FORA E LONGE/PERTO.

### PALAVRAS-CHAVE

INTERPRETAÇÃO JURÍDICA / CRIATIVIDADE / VINCULAÇÃO À LEI / SEGURANÇA JURÍDICA

### ABSTRACT

THE POSTULATE OF A STRICT TIE BINDING COURTS TO LEGAL STATUTES, PROPOSED BY THE SO-CALLED SCIENTIFIC JURISPRUDENCE TYPICAL OF RATIONALIST IDEOLOGIES, HAS BEEN PUT TO QUESTION SINCE COURT INTERPRETATION WAS FIRST RECOGNIZED AS HAVING A CHARACTERISTIC CREATIVE ELEMENT. NEVERTHELESS, DEMANDS FOR SECURE LEGAL SYSTEMS WITH FORESEEABLE COURT DECISIONS HAVE KEPT ALIVE CERTAIN EFFECTS OF THE OLD POSTULATE. THIS ANTITHETIC SCENARIO SUGGESTS THE DESIRABILITY OF RETRACTING THE OUTLINE AND REACH OF THE STRICT BIND RULE AS IT EXISTS TODAY. THIS PAPER PROPOSES TO FACE THE PROBLEM BY ANALYZING THE RELATION BETWEEN COURTS AND THE LAW FROM TWO DYADIC STANDPOINTS, NAMELY INSIDE/OUTSIDE AND FAR/NEAR.

### KEYWORDS

COURT DECISIONS / CREATIVITY / COURTS BOUND TO THE LAW / LEGAL SECURITY

### I O PROBLEMA

No conto *A pane*, Dürrenmatt narra a história de três operadores do direito aposentados – um juiz, um promotor de justiça e um advogado – que se reúnem periodicamente em torno de um banquete para simular julgamentos. O “acusado” da vez é um caixeiro-viajante de sobrenome “Traps” (armadilha, cilada) que, casualmente acolhido para o pernoite pelo juiz em razão de uma pane ocorrida em seu automóvel, aceita participar da brincadeira. Após fazer um punhado de perguntas ao visitante – que sinceramente nega ter praticado qualquer crime –, o promotor público,

dando-se por satisfeito, constrói extensa argumentação em torno da morte do antigo chefe do caixa, reputando a este o papel de homicida. O acusador assim descreve a maneira como atingira essa conclusão:

nosso amigo ter assumido o posto de seu chefe, e este chefe ter morrido, todos estes fatos ainda não eram provas, mas os primeiros elementos que fortaleceriam a tese e dariam fundamento àquela intuição. A suspeita, alicerçada logicamente, só cresceu quando se soube que esse legendário chefe havia morrido de um infarto. Aí foi o caso de juntar, combinar, invocar perspicácia, sagacidade, proceder com discrição, aproximar-se sorrateiro da verdade, reconhecer o comum como o incomum, ver o definido no indefinido, contornos na névoa, crer num assassinato exatamente por parecer absurdo supor um assassinato (2003:52).

Atônito, convencido da própria culpa, o “réu” é simbolicamente condenado à pena capital pelo juiz. Traps então comete suicídio.

Esse conto de tons expressionistas mostra o caráter criativo presente em toda interpretação, capaz de surpreender até mesmo o autor do objeto interpretado. Com efeito, por mais preciso que seja o relato fático ou o texto legal, seus termos conservam sempre uma margem de polissemia, que abre campo para a atribuição de múltiplos sentidos aos fatos ou à norma (Carrió, 1990; Warat, 1995). É sobre essa margem que atua necessariamente toda a carga de pré-conceitos do intérprete, integrante da tradição em que está inserido, da qual ele não consegue se desvencilhar (Gadamer, 1997:368-385). “Por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu ‘texto’, ele será sempre, por assim dizer, forçado a ser livre – porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e nuances, para a criatividade interpretativa”, pontifica Cappelletti (1993:22).

Se essa realidade hermenêutica pode ser hoje considerada um truísmo (Cappelletti, 1993:24), também é óbvio que à teoria do direito nem sempre pareceu assim. O racionalismo iluminista dos séculos XVIII e XIX, que deu origem ao movimento codificador, culminou por reservar ao juiz um papel meramente mecânico na aplicação das leis, executor estrito da técnica subsuntiva. Os postulados liberais de absolutas segurança e certeza no ordenamento jurídico, garantias contra o arbítrio estatal, impunham um sistema jurídico positivo absolutamente claro, completo e coeso, resultante da onipotência do legislador, a partir do que deveria o juiz ser apenas “a boca que profere as palavras da lei”, na célebre expressão de Montesquieu (Perelman, 2000:20-23; Bobbio, 1995:37-40).

Se não se nega hoje a superação dessa corrente de pensamento, a partir da assunção do importante papel criativo desempenhado pelo juiz na interpretação dos enunciados normativos, tampouco se nega a permanência da segurança e da certeza como valores a serem perseguidos pelo sistema jurídico (Stein, 2000). Faz-se necessário,

diante desse confronto, perquirir acerca da medida em que o juiz está vinculado à lei, na interpretação e aplicação do direito ao caso concreto. Em outras palavras, trata-se da questão dos limites com que o juiz depara na atividade hermenêutica. Tais limites definem os contornos de sua criatividade? Ou a criatividade judicial é que forja os próprios limites a que está submetida? Os problemas emergentes dessas indagações constituem o objeto central das presentes notas.

## **2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS: O ILUMINISMO, O MOVIMENTO CODIFICADOR, A ESCOLA DA EXEGESE E A JURISPRUDÊNCIA DOS CONCEITOS**

Da combinação dos pensamentos de Hobbes, Rousseau, e – principalmente – Montesquieu e Beccaria, surgiu o ideário racionalista responsável pela identificação do direito com a norma posta. Avessos a toda forma de arbítrio, o Iluminismo e a concepção do Estado liberal viam na lei a única e suprema garantia da liberdade do cidadão, em reação aos desmandos do soberano.

A fim de exercer adequadamente essa função garantidora, a lei deveria ser absolutamente clara e maximamente precisa, com vistas a se tornar acessível a todos, que nela poderiam então pautar sua conduta, definindo e diferenciando os comportamentos proibidos dos permitidos. Nessa perspectiva liberal-iluminista, a segurança e a certeza no direito foram alçadas ao mais alto grau dentre os valores a serem colimados pelo sistema jurídico.

Para atingir esse objetivo, era preciso reconduzir as fontes do direito a apenas uma: a estatal. Somente assim seria possível erigir um sistema de normas uniforme, simples e coeso. Surgem assim os dogmas da completude, da clareza e da coerência, propugnadores de um corpo normativo absolutamente desprovido de lacunas, antinomias ou ambigüidades.

Nesse terreno finca raízes o movimento codificador, surgido na segunda metade do século XVIII e culminado no bicentenário Código de Napoleão. Com ele, atinge o ápice a idéia da identificação do direito com a lei, única forma de expressão jurídica válida, e assume-se o código como manifestação de um todo normativo sistemático e desprovido de imperfeições.

Diante da onipotência do legislador, o juiz via então seu papel ser reduzido ao mínimo possível na aplicação do direito. Reflexo da doutrina da separação dos poderes de Montesquieu que, ciosa da divisão e controle mútuo das funções do Estado, reservava a tarefa de criar o direito exclusivamente ao Poder Legislativo (Perelman, 2000:20-22). Como corolário do postulado de segurança jurídica, ao juiz cabia apenas funcionar como “bouche de la loi”, ser desprovido de vontade por meio do qual se manifestava, intocado, o comando expresso na norma legislada. Somente assim a sociedade se veria garantida contra o risco da prática de abusos e arbitrariedades por parte daquele a quem cumpria aplicar a lei.<sup>1</sup>

Nessa tarefa, o juiz estava adstrito à utilização do método subsuntivo, aproximando o texto legal aos fatos por meio de um processo dedutivo-formal, silogístico, do qual resultaria a solução a ser aplicada ao caso concreto: a sentença. Aplicar o direito significava aplicar a lei. Julgava-se evitar assim toda forma de interpretação nessa atividade, capaz de desviar, mascarar ou subverter a vontade do legislador. *Dura lex, sed lex. In claris cessat interpretatio.*

Esse foi o espírito que, se não pautou a criação do art. 4.º do Código Napoleônico por Portalis, regeu sua interpretação pelos primeiros comentadores desse diploma. Portador do princípio do *non liquet*, esse dispositivo acabou tomando a forma de regra a impelir o juiz a, posto diante de eventual obscuridade, insuficiência ou silêncio da lei, proceder de modo a superar a dificuldade no bojo do próprio sistema jurídico positivo, recorrendo à analogia ou aos princípios gerais do direito (Bobbio, 1995:74).<sup>2</sup> Consagravam-se, assim, os dogmas da completude e coerência do ordenamento jurídico.

Esse modo de ver a aplicação do direito contextualiza o surgimento da Escola da Exegese (*école de l'exégèse*) na França do século XIX. Motivados pela codificação, pela doutrina da separação de poderes e pressionados pelo regime napoleônico, seus adeptos levaram ao extremo o fetichismo da lei e do método silogístico na atividade judicial. Marcavam essa Escola, assim, o respeito à vontade do legislador e ao princípio da autoridade, o culto ao texto da lei e a concepção exclusivamente estatal do direito, negando-se qualquer relevo jurídico ao direito natural (Bobbio, 1995:84-89). Pretendia-se, com isso, submeter os tribunais à estrita legalidade, proibindo-os de interpretar, de modo a que se vinculassem à observância fiel dos precisos termos da lei na aplicação do direito.

Na mesma época, o advento da Jurisprudência dos Conceitos, na Alemanha, manifesta a adoção de modelo semelhante de interpretação do direito (Neves, 2003b:357). Tendo em Puchta um de seus principais representantes, essa Escola via o sistema jurídico como uma totalidade unitária, perfeita e completa – fruto da onipotência do legislador –, composta de uma pirâmide de conceitos tecnicamente precisos, coordenados hierarquicamente de modo que o conceito inferior se subsumiria ao conteúdo do superior, objetivamente dado. Nesse contexto, ao intérprete cabia apenas aplicar dedutivamente, segundo parâmetros lógico-formais, esse todo concatenado dotado de sentido unívoco (Larenz, 1997:21-29; Ferraz Júnior, 1994:80 e 266; Neves, 2003b:357-358).

### 3 CRÍTICA E FUNÇÕES DO POSTULADO DA VINCULAÇÃO À LEI

A corrente de pensamento capitaneada pela Escola da Exegese e pela Jurisprudência dos Conceitos encontra-se hoje reconhecidamente ultrapassada. O ideal do sistema como um corpo de leis completo, claro e coerente, apto a oferecer de antemão

soluções simples e objetivas para todos os conflitos possíveis, em prol de uma absoluta segurança jurídica, evidenciou-se não passar de quimera. Mesmo destino teve a visão mecânica do exercício aplicativo do direito por parte do juiz.<sup>3</sup>

A verdade é que o sistema jurídico e sua aplicação à realidade social conflituosa se mostraram dotados de complexidade muito superior à que supunham os exegetas ou os conceitualistas, incapaz de ser contida nos estreitos limites do formalismo e objetividade propugnados àquela época. Por maior precisão que se busque na redação dos textos legais, suas palavras reservam sempre uma margem, maior ou menor, de porosidade significativa, por meio da qual penetra a atividade interpretativa do juiz. Isso advém do fato de que a linguagem jurídica tem sua fonte na linguagem natural, da qual extrai os termos e palavras de que faz uso na ciência que instrumentaliza (Ferraz Júnior, 1980:75). Daí por que a linguagem do direito “apresenta zonas de penumbra e é, atual ou potencialmente, vaga e imprecisa” (Grau, 2002:197). Afinal,

es una ilusión la de que a cada palabra le corresponde un significado y sólo uno; la gran mayoría de ellas tiene una pluralidad. También es ilusoria la creencia de que el uso de una misma palabra para denotar objetos diversos presupone necesariamente – salvo los casos de mera homonimia – que todos esos objetos tienen una propiedad o un conjunto de propiedades en común, que integran o componen una entidad que la palabra nombra. El hecho de que estamos usando una misma palabra no garantiza que nos estamos refiriendo a la misma cosa (Carrió, 1990:94).

Se assim é, certo está o juiz Barwick ao afirmar que

a melhor arte de redação das leis, e mesmo o uso da mais simples e precisa linguagem legislativa, sempre deixam, de qualquer modo, lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz e sempre permitem ambigüidades e incertezas que, em última análise, devem ser resolvidas na via judiciária.<sup>4</sup>

O texto legislativo, aprioristicamente, possui significado apenas *potencial*; é somente à luz dos fatos emergentes do caso concreto que se realiza a interpretação, produzindo-se a norma (Neves, 2003a:13-20). Não há, portanto, como negar que o juiz interprete. A interpretação é inerente a todo processo de aplicação do direito. Tem ela por objeto os textos normativos, que são vertidos em normas pelo trabalho do intérprete (Grau, 2002:17, 71-73). Daí poder-se dizer, com Kelsen e Reale, que a norma é, em si mesma, o resultado da interpretação (1998b:358, 1962:505).

É por meio dessa *open texture* do sistema, atribuidora de certa margem de discricionariedade ao intérprete, que o juiz exerce uma função criativa (Hart, 1994:148-149). Só assim se explica a variabilidade da jurisprudência, no tempo e no espaço. A

mais “clara” das regras é aplicada de formas diversas no Rio Grande do Sul e em Pernambuco. O antigo Código Civil era aplicado de uma maneira na década de vinte e de outra nos estertores do século XX. Não é, no entanto, apenas em função das variáveis tempo e espaço que se atesta a diversidade jurisprudencial; deixando de lado os exemplos extremos, dois juízes atuantes simultaneamente em uma mesma comarca com frequência têm interpretações divergentes para a mesma regra jurídica.

Aos exegetas escapava que o juiz é um ser humano, dotado de vontade e emoções, imerso num particular contexto histórico e por ele condicionado. Ao adentrar no processo hermenêutico, o juiz inelutavelmente carrega consigo sua prévia *compreensão-de-mundo*, da qual faz uso no movimento circular de interpretação/aplicação do direito. Da tensão entre a familiaridade com sua tradição e a objetividade da distância temporal entre ele e a norma surge o verdadeiro lugar da hermenêutica (*Zwischen*), em que o intérprete realiza o constante projetar de novo de seus preconceitos, que o leva à compreensão (Gadamer, 1997:385-396 e 2002:72-81). Condicionada dessa forma pelo sujeito que interpreta, “a compreensão nunca é um comportamento meramente reprodutivo, mas também é sempre produtivo” (Gadamer, 1997:392).

Essa realidade levou Kelsen a negar qualquer *status* juscientífico à interpretação. Se as palavras – e, portanto, as prescrições normativas, naquelas veiculadas – possuem uma margem plurissignificativa irredutível, haveria várias interpretações igualmente corretas. Não seria possível assim erigir métodos sobre a atividade desempenhada pelo juiz na aplicação do direito, a qual resultaria de um ato de vontade do intérprete autêntico, criador da norma individual. Na perspectiva desse autor, os limites da ciência jurídica estariam no traçado da moldura ou quadro semântico da norma, dentro do qual qualquer decisão judicial seria válida (1998a:387-395 e 1998b:365-368).

A natureza criativa da atividade hermenêutica põe em cheque o postulado da absoluta vinculação do juiz à lei. Por mais que se a afirme, o juiz será sempre “forçado a ser livre” (Cappelletti, 1993:22), impossibilitado de se ater estritamente aos termos da lei. A atuação judicial mesma seria responsável, por intermédio da argumentação, tanto a delimitar o âmbito significativo da norma legal quanto a dar os contornos da própria vinculação do juiz à lei (Hassemer, 2002:292-293). Para lançar mão da imagem de Kelsen, o intérprete autêntico não apenas determinaria o conteúdo da moldura normativa – como queria o autor checo –, como também traçaria as medidas e formas da própria moldura, interferindo sobre sua vinculação à norma na aplicação desta ao caso concreto.

A partir daí, dever-se-ia concluir que os limites da interpretação normativa residem apenas na própria capacidade de argumentação do juiz? Ou talvez que a criatividade judicial se exerce sem limites? Não se pode esquecer que, na maioria dos sistemas jurídicos, o princípio da legalidade permanece como um dado (English,

2001:207).<sup>5</sup> No ordenamento brasileiro, a par de albergado mais de uma vez na Constituição Federal, é repetido em inúmeras outras disposições normativas.<sup>6</sup> A razão estaria então com English, quando afirma que a vinculação à lei seria uma questão de grau (2001:207)?

Hassemer lida com essas perguntas buscando os elementos de vinculação da atividade judicial na jurisprudência, na dogmática jurídica e nos “programas informais” (sistemas de regras não explícitas para a atividade jurisdicional, advindas da experiência). Assume, em contrapartida, exercerem tais elementos papel vinculativo meramente fático (2002:296-299). Alexy aponta a ligação com a lei, a consideração pelos precedentes e pela dogmática usada na ciência do direito como condições limitadoras da argumentação jurídica. Para ele, esses limites constituem a pauta de referência para a justificação racional das decisões judiciais, em obediência à exigência de correção dos discursos jurídicos com base na ordem jurídica prevalecente (2001: 27, 211 e ss., 320-323).

O postulado da vinculação à lei, sem dúvida, desempenha importantes funções perante o sistema jurídico e a sociedade que lhe corresponde. É a idéia do referimento da decisão judicial à lei que confere um mínimo de segurança jurídica ao sistema, valor nunca apartado da noção de Estado democrático de direito (Larenz, 1997:216). Afinal, se o ordenamento jurídico é garantia do cidadão contra o arbítrio estatal (ou de quem quer que seja), natural que a aplicação do direito não se furte à observância da lei. E, para bem cumprir essa missão garantidora, as leis devem funcionar como elemento atribuidor de certa previsibilidade à atividade dos tribunais. Fala-se no *princípio da proteção da confiança nas leis* (Stein, 2000:105-112), subprincípio da segurança jurídica portador da idéia de estabilidade no sistema normativo, do qual emanam corolários como os da irretroatividade das leis, da não-repristinção e da coisa julgada.

Ao mesmo tempo, a vinculação do juiz à lei favorece a segurança jurídica na medida em que fornece um critério objetivo para o controle das decisões jurisdicionais pelos órgãos competentes, exercido com base na dicotomia conformidade/desconformidade com a lei (Hassemer, 2002:285). E essa mesma objetivação de parâmetros para o controle da atividade judicial constitui elemento de garantia da independência do juiz (Hassemer, 2002:291-292), na medida em que limita a eles tanto a vinculação do magistrado quanto as possibilidades de interferência dos órgãos superiores sobre suas decisões.

A partir daí, a questão da vinculação do juiz à lei pode ser vista sob dois ângulos distintos, cuja análise é apta a jogar luz sobre o problema.

#### 4 OS DOIS ÂNGULOS DA VINCULAÇÃO DO JUIZ À LEI

A reação mais extrema à doutrina representada pela Escola da Exegese e pela Jurisprudência dos Conceitos foi capitaneada pelo Movimento do Direito Livre

(*Freirechtsbewegung*), no início do século XX. Sua corrente mais estrita negava toda possibilidade de uma decisão pautada por processo dedutivo e mediada racionalmente na lei, transferindo ao amplo alvedrio judicial a aplicação do direito. O que guiaria a interpretação não seria “a lei e a lógica, mas o Direito Livre e a vontade” (Gnaeus Flavius).<sup>7</sup> Operava-se assim uma guinada em direção ao completo voluntarismo hermenêutico, na medida em que a busca da solução ao caso concreto seria motivada apenas pelo sentimento jurídico pessoal do juiz, por sua subjetividade ou intuição quanto ao justo (Larenz, 1997:78-83).

No Brasil, podem-se encontrar resquícios desse ideário no chamado direito alternativo (não “uso alternativo do direito”), movimento surgido nas últimas décadas do século passado que redundou em pregações de absoluta independência do juiz em relação à lei. Nas palavras de um de seus adeptos: “em princípio, obedeco à lei. Só não a obedeco quando ela se revela injusta. A lei injusta não deve ser aplicada. O papel de um juiz é o de buscar o justo, no caso concreto, com a superação do legalismo. O juiz que só obedece a lei vira instrumento do legislador”.<sup>8</sup> De acordo com essa visão, a aplicação da lei ao caso concreto dependeria da produção ou não de resultados justos, na concepção do juiz. Uma vez que os considerasse apartados da justiça, poderia afastar o ditame legal, julgando declarada e deliberadamente *contra legem*. Submetida dessa forma a aplicação da norma aos critérios pessoais de justiça do intérprete, perderia sentido falar em uma vinculação do juiz à lei. Em verdade, os pólos da equação seriam invertidos: a aplicação da lei é que estaria vinculada à vontade do juiz.

É possível vislumbrar um traço comum entre as concepções emanadas de ambos esses movimentos acerca das relações entre o juiz e a lei. Ambas põem a vinculação do juiz a um seu particular senso de justiça acima de sua vinculação à lei. A aplicação do direito poderia mesmo passar ao largo da norma, caso estivesse ela em descompasso com a busca da justiça, na concepção do intérprete. Essa perspectiva permite ver o problema da vinculação à lei a partir da relação entre a decisão e a moldura normativa orientada pela díade dentro/fora. Dizer se o juiz está submetido ou não à lei significaria responder à pergunta de poder-se ou não decidir com base na lei ou contra ela, poder-se situar a solução ao caso concreto dentro ou fora dos limites da moldura da norma. Admitindo-se mesmo a interferência da argumentação jurídica sobre o próprio traçado dessa moldura, permaneceria a questão da possibilidade de se ultrapassarem os limites normativos reconhecidos como tais pelo próprio juiz, ou – para quem o sustente<sup>9</sup> – fixos de per si.

Sob esse ângulo, a questão da vinculação à lei suscita alguns graves problemas, como o da lei injusta e o da sentença *contra legem*. De todo modo, a posição tendente a negar uma vinculação do juiz à lei sob a díade dentro/fora sofre críticas da dogmática (Telles Júnior, 1999). Ao substituir a sujeição à lei pela sujeição ao sentimento pessoal de justiça do juiz, negar-se-ia em verdade qualquer vinculação da atividade



judicial, na medida em que a consideração do justo e do injusto no caso concreto estaria confiada ao completo talento do intérprete autêntico. Imperaria assim o arbítrio na aplicação do direito, a qual, fora de controle, feriria de morte o postulado de segurança jurídica, ante a total imprevisibilidade do resultado da interpretação.

A questão da vinculação do juiz à lei pode também ser tomada por outro ângulo. O ideário brotado das cinzas da Escola da Exegese e da Jurisprudência dos Conceitos recuperou a consciência – perdida desde o movimento codificador – da importância de conferir certa flexibilidade ao sistema jurídico, tornando-o permeável ao influxo do dinamismo das relações sociais, progressivamente complexas e diferenciadas. Essa adaptabilidade das soluções jurídicas às constantemente cambiantes exigências do contexto social passa a ser medida de justiça e efetividade do sistema. Nesse contexto assoma o papel dos princípios, máximas de experiência, usos e costumes etc. na atividade hermenêutica. Resgata-se, com isso, a concepção do direito como um “sistema aberto” e “móvel” (Canaris, 2002:103-148), isto é, afeto às variações inerentes à historicidade dos valores e princípios e capaz de coordenar seus elementos em busca de soluções ajustadas às particularidades dos casos concretos.

A partir da segunda metade do século passado, a flexibilidade do sistema passa a ser promovida, dentre outros mecanismos, por meio da introdução consciente das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados na linguagem legislativa. Estes últimos são os conceitos dotados de elevado grau de ambigüidade e vagueza<sup>10</sup> (“interesse público”, “boa-fé”, “dano de difícil reparação”), enquanto as cláusulas gerais consistem em prescrições normativas que, formuladas genericamente, submetem a si uma larga gama de situações, contrapondo-se assim à regulamentação jurídica casuística ou tipificada (English, 2001:208 e 229).

Com base nessas técnicas, operam-se modificações profundas na atividade hermenêutica e, conseqüentemente, na relação entre o juiz e a lei. A despeito da já aludida margem de vagueza inerente a toda manifestação lingüística, que – no campo do direito – reserva ao juiz sempre uma esfera mínima de apreciação discricionária na interpretação da norma, a adoção maciça de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados pelos textos legais alarga sobremaneira o espaço de abrangência da regra jurídica. Acresce então em importância o papel do juiz, de quem se exigem maiores esforços hermenêuticos na tarefa de determinar, à luz das particulares condições de cada caso, o significado concreto da lei. O processo subsuntivo torna-se assim sensível à evolução dos fundamentos ético-sociais, da consciência jurídica geral e das vicissitudes das situações da vida (Machado, 2002:113-114), uma vez que de portas abertas à influência dos fatores não normativos na interpretação do direito.

O contraponto entre uma formulação rígida dos dispositivos legais e outra maleável, calcada em cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, sugere outra visão do problema da vinculação do juiz à lei, segundo a díade longe/perto. Nessa perspectiva, falar em vinculação ou não à lei relaciona-se com a circunstância

de o juiz estar estritamente ligado à norma, dotada de âmbito de abrangência reduzido, fixo, bem delimitado ou casuístico, ou referido a ela de forma mais aberta, pautada por ampla margem de livre apreciação, para a qual contribuem decisivamente elementos outros como os princípios gerais, a doutrina, a jurisprudência, o senso de equidade etc. Para valer-se mais uma vez da imagem kelseniana, trata-se da questão da maior ou menor amplitude e definição dos limites da moldura normativa.

Sob esse prisma, o problema da vinculação do juiz à lei vem ocupando bem recentemente posto de destaque nas atenções da dogmática brasileira, visto que o Código Civil de 2002 abraçou consciente e expressivamente a técnica das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados na elaboração normativa (Reale, 2003:18). Independentemente disso, uma desvinculação do juiz à lei segundo a díade longe/perto tampouco é infensa a críticas da dogmática (Azevedo, 2000). O alargamento do âmbito de apreciação discricionária tem interferência, é claro, sobre a segurança jurídica do sistema, na medida em que torna menos previsíveis os resultados da atividade hermenêutica, se tomados em comparação com os de um sistema erigido à base de rígidas formulações legais.

Postos assim os problemas emergentes do postulado da vinculação do juiz à lei à luz de seu caráter dual, resta verificar quais são as perspectivas que o tema encerra.

## 5 PERSPECTIVAS PARA O POSTULADO DA VINCULAÇÃO

A principal pergunta despertada pela discussão aqui abordada é a da sobrevivência ou não do postulado da vinculação do juiz à lei, a partir da crise do racionalismo liberal e das Escolas juscientíficas surgidas nesse contexto ideológico. Enfocar o problema por aqueles dois ângulos constitui uma das formas de enfrentá-lo. Nesse sentido, é generalizada a afirmação de que a referência à lei permanece como um elemento necessário ao processo hermenêutico,<sup>11</sup> ao menos nos sistemas de tradição romano-germânica, o que levaria a afastar uma não-vinculação à lei orientada pela díade dentro/fora.<sup>12</sup> Não parece mais possível falar, no entanto, em uma sujeição do juiz à lei da forma como tradicionalmente compreendida, a partir da ótica longe/perto. Não se nega mais o fato de que a aplicação do direito recebe o influxo decisivo de elementos outros que não a lei, notadamente dos princípios jurídicos, da jurisprudência, da dogmática jurídica, das máximas de experiência, do senso comum etc., que interagem com a “pré-compreensão” (Gadamer, 1997:388-390) do intérprete na busca da solução para o caso concreto. Para isso contribuem técnicas como as das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, de adoção progressiva no sistema jurídico brasileiro.

A análise dual do problema da obediência à lei permite vê-lo de uma nova maneira também a partir do modo como as duas perspectivas se inter-relacionam. Mecanismos como as cláusulas gerais e fenômenos correlatos, se interferem com a

vinculação estrita à lei (ótica longe/perto), atuam ao mesmo tempo no sentido de amortecer as pressões sofridas pelo postulado da vinculação (ótica dentro/fora), na medida em que a ampliação e indefinição do quadro normativo por eles determinadas têm por resultado tornar o papel criativo do juiz justificável dentro do sistema jurídico positivo. A inversão dos pólos também é ilustrativa. Ao atribuir estrutura mais elástica à obediência do juiz à lei (ótica longe/perto), a adoção daqueles instrumentos tampouco é imune a tensões, as quais procuram ser absorvidas pela idéia de manutenção do respeito ao dogma da submissão legal (ótica dentro/fora): apesar de lastreada em diversos elementos metanormativos ou marcada por juízo discricionário, a interpretação não escaparia aos limites da lei.

A talvez mais nítida comprovação do modo como os limites da atuação judicial são calibrados<sup>13</sup> pela interação dos dois enfoques da vinculação do juiz à lei está, em nosso sistema, no mecanismo de funcionamento do instituto da ação rescisória. Constitui ela meio para a desconstituição de sentença definitiva proferida em sentido contrário à regra jurídica (Código de Processo Civil, art. 485, V), o que mantém e reforça uma sujeição à lei do tipo dentro/fora. Ao mesmo tempo, entende-se não ser cabível a rescisória caso a interpretação da norma em que fundada a sentença seja “controvertida nos tribunais” (Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal) ou o magistrado tenha dado a ela “interpretação razoável”, “uma dentre as interpretações cabíveis”,<sup>14</sup> com o que se confere flexibilidade à vinculação do juiz, sob o ângulo longe/perto. A realidade da ação rescisória mostra, assim, como o enquadramento do problema da sujeição à lei sob a dupla perspectiva aqui proposta permite ver o modo pelo qual ele é operacionalizado na prática da interpretação jurídica.

Outro interessante campo de observação, a ser explorado ao propósito, é oferecido pelo mecanismo de controle de constitucionalidade representado pela interpretação conforme à Constituição. Por meio dele, reconhece-se ensejar a norma várias possibilidades exegéticas – o que se torna mais comum e abrangente em decorrência das transformações infligidas ao postulado da vinculação do juiz sob a forma longe/perto –, todas franqueadas, em princípio, ao julgador. Uma das alternativas interpretativas, ao menos, está de acordo com as normas constitucionais, ao passo que as restantes violam seus ditames. Aquela é, então, fixada e declarada como única exegese possível da norma, enquanto as últimas são rejeitadas por inconstitucionalidade.<sup>15</sup> Essa técnica, portanto, parte e vale-se da constatação de que o postulado da vinculação do juiz à lei sofreu alterações (sob o prisma longe/perto), para ao mesmo tempo reafirmá-lo (ótica dentro/fora), no confronto da lei com a Constituição Federal.

Saber em que sentido é dado falar hoje no postulado da submissão à lei depende do resultado das indagações sobre o cumprimento das funções que historicamente o legitimam. Trata-se de responder às perguntas que envolvem a manutenção da segurança jurídica no sistema, ligadas à previsibilidade das decisões judiciais, ao

controle da atividade jurisprudencial, à independência do juiz etc. Para essas questões é possível vislumbrar algumas pistas. Constituindo um paradigma (*leading case*) de interpretação para uma questão jurídica, a jurisprudência também funciona como pauta de referência para o juiz e, na medida de sua reiteração, interfere com a estabilidade do sistema. Mesmo processo advém de um “diálogo recíproco” entre as sentenças judiciais e os resultados do labor dogmático (Larenz, 1997:328 e 610-611). Por sua vez, um dever de motivação das decisões tem o papel de tornar públicos os critérios de solução adotados pelo juiz – e portanto controlável por terceiros a sua juridicidade (Ferrajoli, 2002:497-498). Um dever como esse, em verdade, impondo a justificação do processo decisório com base em critérios e argumentos objetivos, visíveis, articulados racionalmente (Taruffo, 2000:283-286), permite que eles funcionem ao mesmo tempo como uma imposição ao magistrado, de um lado, e como substrato e limite do controle da sentença pelos órgãos superiores, de outro. Interferindo dessa forma com a previsibilidade, controlabilidade e independência do exercício aplicativo do direito ao caso concreto, o dever de motivação atua como verdadeiro feixe de convergência entre a atividade hermenêutica realizada pelo juiz e as exigências ligadas à segurança jurídica.<sup>16</sup>

: ARTIGO SELECIONADO

NOTAS

1 *De l'esprit des lois*, p. 233, 309 e 404, apud C. Perelman, *Logique juridique*. 21-22.

2 Para os propósitos deste estudo, releva anotar que a solução almejada pelos redatores do art. 4.º era outra, consistente na abertura da possibilidade de o juiz criar livremente a regra aplicável ao caso concreto, baseado em seu juízo de equidade, diante da constatação de lacunas na lei (*idem*, p. 75-77).

3 R. Alexy abre seu *Theorie der juristischen argumentation* com a assertiva de que a negação do caráter meramente lógico-dedutivo da interpretação jurídica é um dos poucos pontos em que há consenso entre os teóricos do direito contemporâneos (p. 17).

4 *Judiciary law: some observations thereon*, p. 242, apud M. Cappelletti, *Giudici legislatori?*, p. 20-21.

5 Mencione-se, a título de exemplo, o art. 20, 3, da *Grundgesetz* alemã, em tradução livre: “o poder legislativo está subordinado à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito”.

6 Por exemplo, arts. 5.º, II e XXXIX, 37 e 150, I, da Constituição; art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil; arts. 126 e 127 do Código de Processo Civil; art. 1.º do Código Penal; art. 3.º do Código Tributário Nacional.

7 *Der Kampf um die rechtswissenschaft*, p. 24, apud K. Larenz, *Methodenlehre der rechtswissenschaft*, p. 80.

8 Entrevista concedida pelo magistrado A. B. de Carvalho em matéria veiculada no *Jornal da Tarde*, em 24 out. 1990.

9 É bastante conhecida a proposta de P. Heck acerca da distinção entre um “núcleo conceitual”, de significação certa, e uma “periferia conceitual” no espaço semântico (*Gesetzeslegung und interessenjurisprudenz*, p. 51). Também A. Ross e H. L. A. Hart concebem a existência de fronteiras fixas no âmbito significativo da linguagem normativa (*On law and justice*, p. 142 e 164, e *The concept of law*, especialmente p. 139).

10 “Dizemos que um termo é ambíguo quando temos dúvidas sobre qual a classe a que o rótulo se aplica. Especificada a classe, pode surgir a dúvida em torno de sua extensão. Estaremos, então, frente a um problema de vagueza” (L. A. Warat, *O direito e sua linguagem*, p. 79).

11 K. Larenz, *Methodenlehre der rechtswissenschaft*, p. 216 e 612; K. English, *Einführung in das juristische denken*, p. 207; R. Alexy, *Theorie der juristischen argumentation*, p. 27, 214 e 321; W. Hassemer, Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei, p. 299; L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*: teoria del garantismo penale, p. 463-464; T. S. Ferraz Júnior, *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação, p. 317, e *A ciência do direito*, p. 84; M. Neves, A interpretação jurídica no estado democrático de direito, p. 369-371.

12 A esse respeito, as idéias de M. Neves são ilustrativas: “uma interpretação é incorreta quando a sua ‘estranheza’ impede que se possa compreendê-la como expressão de uma regra do jogo extraível do respectivo texto constitucional ou legal. [...] A ‘estranheza’ importa que ela não tem capacidade de generalizar-se consistentemente como critério para o tratamento de outros casos em que se recorre aos mesmos dispositivos. [...] A predominância técnico-jurídica de uma solução interpretativamente ‘estranha’ e incorreta apresenta-se antes como introdução arbitrária de uma nova regra do jogo, rompendo com a constitucionalidade e a legalidade enquanto princípios do Estado Democrático de Direito” (A interpretação jurídica no estado democrático de direito, p. 369).

13 Pede-se licença para pinçar e usar em contexto diverso a idéia de regras de calibração ou de ajustamento do sistema jurídico, de T. S. Ferraz Júnior, *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação, especialmente p. 190.

14 STJ, 2.ª Seção, AR 208-RJ, Rel. Min. Nilson Naves, j. 11.03.1992, DJ 13.04.1992; STJ, 6.ª Turma, RE 9.086-SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, j. 29.04.1996, DJ 05.08.1996; STJ, 2.ª Seção, AR 1.854-AgR-SP, j. 26.06.2002, DJ 02.09.2002; STJ, 3.ª Seção, AR 1.826-CE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 11.05.2005, DJ 27.06.2005; STJ, 2.ª Seção, AR 2.931-SP, Rel. Min. Castro Filho, j. 24.08.2005.

15 STF, Pleno, ADI 3.046, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 28.05.2004; STF, Pleno, ADI 3.324, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 05.08.2005. J. J. G. Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 888; J. Miranda, *Manual de direito constitucional*, p. 294-299; I. G. S. Martins e G. F. Mendes, *Controle concentrado de constitucionalidade*, p. 294-303.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen argumentation*, [s.d.]. Tradução de Z. Silva. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 1, p. 3-12, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico*, [s. d.]. Tradução de M. Pugliesi, E. Bini e C. E. Rodrigues. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Systemdenken und systembegriff in der jurisprudenzen*, 1983. Tradução de A. M. Cordeiro. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Giudici legislatori?*, 1984. Tradução de C. A. A. Oliveira. *Juizes legisladores?*. Porto Alegre: Fabris, 1993.
- CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.
- DÜRRENMATT, Friedrichk. *Die hund/Der Tunnel/Die Panne*, 1998. Tradução de M. Rondinelli. *A pane/O túnel/O cão*. São Paulo: Códex, 2003.
- ENGLISH, Karl. *Einführung in das juristische denken*, 1983. Tradução de J. B. Machado, *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*: teoria del garantismo penale, 2000. Tradução de A. P. Zomer et al. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.
- . *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- GADAMER, Hans-Georg. *Warheit und methode*, [s.d.]. Tradução de F. Meurer. *Verdade e método*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 5. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1997. v. 1.
- . *Warheit und methode*, 1986/1993. Tradução para o português de E. Giachini. *Verdade e método*: complementos e índice. Rio de Janeiro: Vozes, 2002. v. 2.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*, 1961. Tradução de A. R. Mendes. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: ———; KAUSMANN, A. (Org.). *Einführung in rechtsphilosophie und rechtstheorie der gegenwart*, 1994. Tradução de M. Keel e M. Oliveira.

- Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- HECK, Philipp. *Gesetzesauslegung und interessenjurisprudenz*, 1914. Tradução de J. Osório. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. São Paulo: Saraiva, 1948.
- KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*, 1960. Tradução de J. B. Lopes. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998a.
- . *What is justice?*, 1957. Tradução de L. C. Borges. *O que é justiça?*. São Paulo: Martins Fontes, 1998b.
- LARENZ, Karl. *Methodenlehre der rechtswissenschaft*, 1991. Tradução de J. Lamego. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MACHADO, João Baptista. *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*. Coimbra: Almedina, 2002.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Coimbra, Ed. Coimbra, 2003. t. II.
- NEVES, A. Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2003a. v. 1.
- NEVES, Marcelo. A interpretação jurídica no estado democrático de direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003b.
- PERELMAN, Chaïm. *Logique juridique*, 1979. Tradução de V. K. Puppi. *Lógica jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1962. v. 2.
- . *Novo Código Civil. Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: RT, 2003.
- ROSS, Alf. *On law and justice*, [s.d.]. Tradução de E. Bini. *Direito e justiça*. São Paulo: Edipro, 2000.
- STEIN, Torsten. A segurança jurídica na ordem legal da República Federal da Alemanha. *Cadernos Adenauer*: acesso à justiça e cidadania. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.
- TARUFFO, Michele. Giudizio: processo, decisione. *I metodi della giustizia civile*. Padova: Cedam, 2000.
- TELLES JÚNIOR, Goffredo da Silva. O chamado direito alternativo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 94, p. 73-80, 1999.
- WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*

*André de Albuquerque Cavalcanti Abbud*

MESTRANDO EM DIREITO PROCESSUAL NA FACULDADE DE DIREITO  
DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
ASSESSOR DE MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL