

Pedro Henrique Nogueira

**NEGÓCIOS
JURÍDICOS
PROCESSUAIS**

4.^a edição
revista, atualizada
e ampliada

2020

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br

NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS JUDICIAIS

1. ESCLARECIMENTO INICIAL

O que será abordado, no presente capítulo, é a possibilidade de aplicar o conceito de negócio jurídico processual, até aqui desenvolvido, aos atos processuais praticados pelo juiz.

A questão a ser resolvida gira em torno da seguinte indagação: seria possível reconduzir os atos judiciais – especialmente os atos de aplicação do direito, pois em relação aos chamados atos materiais (atos-fatos jurídicos processuais judiciais) esse problema não existe –, aos atos negociais?

O exame do problema, que tem reflexos práticos importantes e que serão vistos mais à frente, pode gerar uma série de outros questionamentos, para além do Direito Processual Civil, ou da Teoria Geral do Processo. Não nos cabe aqui percorrer todas essas repercussões, mas devemos, antes de responder à questão proposta, fixar alguns pontos fundamentais para situar o marco a partir do qual será possível cogitar da existência de negócios processuais judiciais.

Sendo assim, examinaremos, primeiramente, o conceito de jurisdição na atualidade, o problema da interpretação judicial do direito e o relacionamento entre a discricionariedade, os limites textuais do agir discricionário e a decisão judicial. Em seguida, buscaremos resposta para a questão formulada anteriormente.

2. JURISDIÇÃO E CRIAÇÃO JUDICIAL

Deve-se a Chiovenda¹ a concepção de jurisdição como atividade substitutiva do Estado-juiz, revelando a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, seja no afirmar a vontade concreta da lei, seja no torná-la praticamente efetiva. Nessa perspectiva, a jurisdição seria uma atividade de substituição, definitiva e obrigatória, feita de dois modos, conforme se trate de processo de cognição ou de execução: a) na cognição, a atividade intelectual do juiz substitui a atividade intelectual das partes e dos cidadãos no afirmar existente ou inexistente uma vontade concreta da lei concernente às partes; b) na execução, a jurisdição consiste na substituição, pela atividade material dos órgãos do Estado, da atividade devida².

Dessa concepção surgiram adeptos³. Alfredo Rocco, com forte influência da concepção chiovendiana de jurisdição, afirmava que o juiz, na sentença, não manifestava vontade, mas sim um juízo sobre a vontade do órgão legislativo, no caso concreto. A sentença não conteria outra vontade que não a da lei, traduzida de forma concreta por obra do juiz⁴.

Em seguida, logo vieram as objeções⁵ à concepção chiovendiana, assim como também as propostas conciliadoras sintetizantes⁶. Aqui não nos cabe percorrer as diferentes concepções em torno da definição da jurisdição,

1. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução Paolo Capittanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 8, v. 2.
2. CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução Paolo Capittanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 17, v. 2.
3. ROCCO, Alfredo. **La Sentencia Civil**. Mexico: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2002, p. 14-15; COSTA, Sergio. **Manuale di Diritto Processuale Civile**. 3. ed. Torino: UTET, 1966, p. 77-78. No Brasil: REZENDE FILHO, Gabriel. **Curso de Direito Processual Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 90, v. I; BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**, I. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 11; SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 69-70, v. 1, dentre outros.
4. ROCCO, Alfredo. **La Sentencia Civil**. Mexico: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2002, p. 55.
5. CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil**, I. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, p. 221 e segs.; PODETTI, J. Ramiro. **Teoria y Técnica del Proceso Civil**. Buenos Aires: Ideas, s/a, p. 104-106, dentre outros.
6. LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**, I. Tradução e notas Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 22-23.

mas somente examinar um aspecto da concepção chiovendiana: a noção de substitutividade.

Como já dizia Calamandrei, não se pode buscar uma definição de jurisdição que seja, ou tenha a pretensão de ser, absoluta, “válida para todos os tempos e para todos os povos”⁷. Verdadeiramente, tal como salientado por Daniel Mitidiero e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “não é possível pensar o direito desligado de seu contexto cultural. O conceito de jurisdição, naturalmente, não escapa à contingência histórica”⁸. Na sua dimensão cultural, o direito é um fenômeno pré-dado: o jurista deve apreendê-lo, do exterior, tal como ele se encontra, de acordo com as coordenadas históricas e geográficas⁹.

Atualmente, tem-se criticado a ideia chiovendiana de substitutividade, por várias razões. Primeiro, pela insuficiência do conceito, pois em determinadas situações o juiz resolve algumas questões que não se amoldam à noção de substituição estatal, proposta por Chiovenda, como acontece nos casos de decisão sobre admissibilidade do processo. A propósito, pontua com propriedade Daniel Mitidiero:

Está assente na doutrina contemporânea a imprestabilidade do conceito proposto por Chiovenda. A uma, porque não se pode vislumbrar atividade substitutiva do órgão jurisdicional quando este decide, por exemplo, sobre questões processuais (competência, suspeição, impedimento etc.), sendo indubitoso, todavia, que, ao fazê-lo, está o juiz a prestar jurisdição.¹⁰

Note-se que a noção chiovendiana de substitutividade também pode ser vista nos julgamentos realizados por tribunais administrativos quando atuam como terceiros, revelando forma de heterocompositiva de solução de conflitos¹¹; esses tribunais (*v.g.* agência reguladora decidindo conflitos

-
7. CALAMANDREI, Piero. **Instituições de Direito Processual Civil**. Tradução Douglas Dias Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003, p. 102, v. 1.
 8. MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 121, v. 1.
 9. CORDEIRO, Antônio Menezes. **Introdução à edição portuguesa de CANARIS, Claus-Wilhelm**. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. Tradução Antonio Menezes Cordeiro. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, p. LXI.
 10. MITIDIERO, Daniel. **Elementos para uma Teoria Contemporânea do Processo Civil Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 76. No mesmo sentido, é também a crítica de Galeno Lacerda (LACERDA, Galeno. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 17, VIII, t. I.).
 11. DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 97, v. 1.

envolvendo consumidores e concessionários, nos termos do art. 18, I do Regimento Interno da ANEEL), embora muitas vezes também promovam a chamada “atuação da vontade concreta da lei”, não exercem jurisdição.

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

Ultimamente, contudo, com a incorporação cada vez mais acentuada das cláusulas gerais e a utilização dos princípios jurídicos como fonte primária de aplicação do direito, tornou-se necessário acentuar-se o caráter criativo da jurisdição¹². Carlos Alberto Alvaro de Oliveira¹³ exalta a crise do legalismo e a posição predominante, na aplicação do direito, de princípios, conceitos jurídicos indeterminados e juízos de equidade como elementos identificadores da insuficiência da concepção tradicional de jurisdição.

Para Fredie Didier Jr., a jurisdição é a função atribuída a terceiro de realizar o direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo, efetivando e protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insusceptível de controle externo e com aptidão para se tornar indiscutível¹⁴. Trata-se de noção que avança para além da concepção tradicional de substitutividade e indica a criatividade como um elemento importante e que, a nosso ver, justifica a função jurisdicional no contexto do Estado Constitucional brasileiro nos dias atuais.

A substitutividade passa a ser vista com um viés criativo¹⁵, e não apenas como atividade de cunho meramente declaratório, reveladora da “vontade concreta da lei”. Essa proposta parece adequada para explicar a jurisdição frente ao modelo brasileiro de direito¹⁶ e às transformações vividas nas últimas décadas.

12. DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 68, v. 1.

13. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 81.

14. DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 83, v. 1.

15. DIDIER JR., Fredie. Cláusulas Gerais Processuais. In: **Revista de Processo**, nº 187, ano 35. São Paulo: RT, set/2010, p. 187.

16. São marcas dessa transformação: a) reconhecimento da força normativa da Constituição; b) desenvolvimento da teoria dos princípios; c) transformação da hermenêutica

3. DECISÃO JUDICIAL E INTERPRETAÇÃO

Durante o século XIX, após o surgimento das primeiras codificações europeias, sobretudo com o advento do Código Civil da França de 1804, predominou a estipulação de pautas normativas de conduta em termos gerais e abstratos. Na própria ideologia da codificação, estavam presentes a concepção de exatidão (o código dispensaria até mesmo a interpretação para ser aplicado) e a de completude (o código seria capaz de regular todos os fatos da vida), garantidores da segurança e previsibilidade em favor do indivíduo. A lei geral e abstrata, positivada nos códigos¹⁷, era a fonte do direito. O juiz era submisso à lei e a atividade judicial de aplicação do direito se resumiria a uma operação de silogismo; o juiz era tido como a “boca da lei”. Como resume Hierro, “la ley es la fuente única, originária, suprema y omnipotente de creación del derecho”¹⁸.

A partir do século XX, as concepções de interpretação e de aplicação do direito sofreram profundas transformações. Hoje, a atividade judicial não é mais vista como operação de mera aplicação de Direito preexistente¹⁹. Interessa em maior medida à hermenêutica jurídica saber o que é e qual o papel da interpretação, em lugar de se buscar um método presumivelmente capaz de possibilitar uma interpretação como correta²⁰.

Quando se parte da observação de que o objeto da interpretação é o sentido expresso por determinado texto, que, por sua vez, foi condicionado por uma série de fatores passíveis de alterá-lo, coloca-se aqui o problema

jurídica, com o reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional; d) expansão e consagração dos direitos fundamentais. (DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 24-25, v. 1.).

17. “El mundo de la seguridad es, pues, el mundo de los códigos, que traducen una ordenada secuencia de artículos, los valores del liberalismo decimonónico.” (IRTI, Natalino. **La Edad de la Codificación**. Tradução Luis Rojo Ajuria. Barcelona: Bosch, 1992, p. 19).
18. HIERRO, L. L. El Imperio de la Ley y Crisis de la Ley. In: **DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho**, nº 19. Alicante: Universidad de Alicante, 1996, p. 290.
19. GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna** – Introdução a uma Teoria Social Sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 37.
20. Adverte Cappelletti: “O verdadeiro problema, portanto, não é o da clara oposição, na realidade inexistente, entre os conceitos de interpretação e criação do direito. O verdadeiro problema é outro, ou seja, o do grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito por obra dos tribunais judiciais” (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 21).

do ponto de partida da interpretação. Se interpretar é compreender outra interpretação (a fixada na norma), afirma-se a existência de dois atos: o que dá sentido à norma e o que tenta captá-lo²¹.

Segundo Kelsen, um fato do mundo exterior que se considera “fato jurídico” é um evento perceptível pelos sentidos, por ser uma parcela da natureza, determinado, assim, pela lei da causalidade. A sua faticidade em si não tem qualquer relevância para o direito (situa-se no plano do “ser”). O que transforma esse fato em “jurídico” é, na verdade, a sua particular significação recebida por uma norma, de tal modo que o ato possa ser interpretado segundo ela. Nesse sentido, Kelsen considera a norma como “um esquema de interpretação”²².

Mas antes de buscar aprofundar a relação existente entre norma e interpretação, é conveniente precisar o significado do verbo “interpretar”, que, de um modo geral, é utilizado em dois sentidos: ora se refere à atividade que consiste em determinar o significado de vocábulos, sintagmas ou enunciados completos, ora como o produto resultante dessa atividade. O resultado da atividade interpretativa, isto é, a decisão judicial, sempre será um enunciado, ou uma pluralidade de enunciados²³.

Guastini²⁴ diferencia a *interpretação-conhecimento* da *interpretação-decisão*. A primeira consiste em conhecer ou descrever o significado de uma determinada expressão; a segunda corresponde a uma *estipulação*, uma atribuição de significado a determinada expressão com preferência sobre outros significados.

Para Norberto Bobbio, aludindo à noção de interpretação segundo o paradigma do positivismo jurídico, “interpretar significa remontar do signo (*signum*) à coisa significada (*designatum*), isto é, compreender o significado, individualizando a coisa por ele indicada.”²⁵. Tal compreensão de significado, que termina por reduzir a interpretação judicial à interpretação-conhecimento, referida por Guastini, acaba por estabelecer limites à própria atividade interpretativa.

21. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. São Paulo: Atlas, 1995, p. 72.

22. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 4.

23. GUASTINI, Riccardo. **Distinguiendo**. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 202-203.

24. GUASTINI, Riccardo. **Distinguiendo**. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 203.

25. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Ícone, 1999, p. 212.

Não por outra razão, Norberto Bobbio afirma que a interpretação – e isso vale para a interpretação judicial –, apenas deve ser textual, ou até mesmo extratextual, porém nunca antitextual²⁶.

Embora se admita a existência de dois tipos de interpretação (interpretação-conhecimento e interpretação-decisão), a interpretação judicial, para Guastini, seria sempre do tipo interpretação-decisão (também chamada interpretação operativa), pois os juízes não se limitam a descrever o sentido de uma determinada expressão, mas escolhem um determinado sentido, com exceção das demais significações possíveis²⁷.

O próprio Kelsen²⁸ separa, de forma absoluta, a interpretação de natureza cognoscitiva, que só teria lugar no plano da Ciência do Direito e dos destinatários das normas (sem caráter normativo, portanto), da chamada “interpretação autêntica”, que cria o direito, visto ser feita por um órgão aplicador do direito (v.g., o juiz). Enquanto a primeira apenas produz o conhecimento das várias possibilidades do ato a aplicar (a chamada “moldura kelseniana”), a segunda implica a produção de uma norma individual pelo aplicador do direito.

Lenio Streck²⁹ afirma que “o elo (imanência) que vinculava significante e significado está irremediavelmente perdido nos confins da viragem linguística ocorrida no campo da filosofia”.

Sob outro prisma, porém, Betti³⁰ assinalava que a interpretação é necessariamente criação, como é criação toda atividade espiritual que se referindo a um ato precedente não é uma simples reação passiva, nem mecânica, mas, pensando-o, o desenvolve. Não se trata, contudo, de criação livre, arbitrária; para ele, a interpretação integradora

[...] no es nunca, si quiere cumplir su tarea, una repetición mecánica y una traducción literal de las normas abstractas, en orden a una pura y simple ‘subsunción’ en ellas de los supuestos a decidir, como llegan a opinar los

26. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Ícone, 1999, p. 214.

27. GUASTINI, Riccardo. **Distinguendo**. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 205.

28. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 392-395.

29. STRECK, Lenio Luiz. **A Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 74.

30. BETTI, Emilio. **Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1975, p. 136-137.

fanáticos del positivismo y de la certeza (*security*) de las leyes, secuaces de una concepción estática y antihistórica del Derecho positivo.³¹

Com essas considerações, é possível notar o vínculo do tema da interpretação/aplicação do direito com o problema da discricionariedade judicial³².

3.1. Breve nota sobre a discricionariedade judicial

A expressão “discricionariedade” na linguagem jurídica não é unívoca. Betti³³ assinala que é possível compreender por meio do termo quatro fenômenos: a) uma discricionariedade soberana (absoluta), a legislativa e que, só excepcionalmente pode ser delegada a órgão jurisdicional, por meio da qual se faz possível a decisão por juízo de equidade; b) discricionariedade administrativa (pura), discutida amplamente no âmbito do direito administrativo; c) discricionariedade técnica; d) discricionariedade de caráter supletivo ou complementar, a serviço da adaptação e da especificação da norma à variabilidade dos tipos em função da determinação e da apreciação da hipótese concreta.

Cogitaremos aqui da discricionariedade na interpretação (aplicação) judicial. Muitos já se debruçaram³⁴ sobre o problema e sobre os limites da discricionariedade na aplicação judicial, havendo hoje quem rejeite, como Castanheira Neves³⁵, a distinção entre aplicação e discricionariedade.

Afirmar e admitir que a atividade interpretativa realizada pelos diversos órgãos jurisdicionais é criativa não importa reconhecer a ausência

31. BETTI, Emilio. **Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1975, p. 137-138.

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

33. BETTI, Emilio. **Interpretación de la Ley y de los Actos Jurídicos**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1975, p. 143-144.

34. Para uma resenha analítica das diferentes concepções em torno do tema da discricionariedade, com incursões na doutrina germânica, conferir: NEVES, A. Castanheira. O problema da discricionariedade. In: **DIGESTA – Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 534 e segs.

35. NEVES, A. Castanheira. O problema da discricionariedade. In: **DIGESTA – Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 596.

de limites a esse agir interpretativo. Oportuna, nesse sentido, se revela a advertência de Mauro Cappelletti: “o reconhecimento de que é intrínseco em todo ato de interpretação certo grau de criatividade – ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha –, não deve ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete”³⁶.

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

Nesse sentido, parece-nos útil buscar os limites da discricionariedade judicial na própria linguagem do direito prescritivo. A partir dessa concepção, os enunciados normativos se apresentam como o lugar próprio para se estabelecer o âmbito da discricionariedade judicial, assim como, por conseguinte, os seus limites.

Conforme adverte Guastini³⁷, os problemas fundamentais de toda interpretação nascem da vagueza e da ambiguidade dos textos sujeitos à interpretação. A vagueza concerne ao significado dos vocábulos e sintagmas. A ambiguidade pode depender do significado dos vocábulos e sintagmas (ambiguidade semântica), da sintaxe dos enunciados (ambiguidade sintática) e do contexto do uso dos enunciados (ambiguidade pragmática). A vagueza é uma propriedade de *referência* dos predicados (v.g., o predicado “calvo”. Quantos fios de cabelos se precisam perder para ser calvo?), enquanto a ambiguidade é uma propriedade não da referência, mas do *sentido* dos vocábulos (ambiguidade semântica)³⁸.

Um predicado é ambíguo quando uma certa pergunta admite mais de uma resposta (v.g. o predicado “doutor” pode designar os médicos, os portadores da titulação acadêmica etc.). A ambiguidade também pode acontecer no plano sintático, dependendo da estrutura lógica dos enunciados (v.g.

36. CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 23.

37. GUASTINI, Riccardo. Problemas de Interpretación. In: **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, nº 07. México: ITAM, outubro/1997, p. 122.

38. GUASTINI, Riccardo. Problemas de Interpretación. In: **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, nº 07. México: ITAM, outubro/1997, p. 123.

no enunciado “os homens e as mulheres que tenham completado 50 anos podem se aposentar”, a segunda oração pode se referir só às mulheres ou a elas e aos homens da primeira oração). Um enunciado também pode se apresentar pragmaticamente ambíguo quando puder ser usado para cumprir diferentes atos de fala (v.g. o enunciado “chegarei às 08h00” pode ser uma promessa, uma advertência, uma previsão etc.)³⁹.

É certo que o contexto, às vezes, elimina, ou muitas vezes ajuda a reduzir o espaço de vagueza ou ambiguidade dos signos⁴⁰. Não obstante, como vimos acima, mesmo em face de textos contextualizados, é possível se cogitar de enunciados vagos ou ambíguos.

Diante da vagueza ou ambiguidade nos enunciados normativos (textos), pode-se dizer que o intérprete se encontra colocado na situação de poder eleger uma escolha entre distintas alternativas de interpretação. Esse campo aberto à atividade interpretativa, identificado no poder de escolha, constitui o âmbito da discricionariedade judicial⁴¹⁻⁴². Trata-se de atividade genuinamente criativa, em que muitos fatores influenciarão na tomada de decisão, inclusive a pré-compreensão do intérprete, como preconizado por Gadamer⁴³.

39. GUASTINI, Riccardo. Problemas de Interpretación. In: **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, nº 07. México: ITAM, outubro/1997, p. 124-128.

40. Afirma Carrió: “el significado de las palabras está en función del contexto lingüístico en que aparecen y de la situación humana dentro de la que son usadas.” (CARRIÓ, Genaro R. **Notas sobre Derecho y Language**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1996, p. 29).

41. BARAK, Aharon. **La Discrezionalità del Giudice**. Tradução Ilaria Mattei. Milano: Giuffrè, 1995, p. 17.

42. Assim Barak descreve a discricionariedade judicial: “è come si il diritto dicesse: ‘Ho determinato il contenuto di una norma giuridica fino a questo punto. Da qui innanzi, spetta a te, giudice, stabilirlo, perchè io, ordinamento giuridico, non sono in grado di dirti quale soluzione sceliegre.” (BARAK, Aharon. **La Discrezionalità del Giudice**. Tradução Ilaria Mattei. Milano: Giuffrè, 1995, p. 17). Parece-nos, contudo, não ser necessário investigar uma intenção quanto à pretensa intenção do legislador em conceder o poder discricionário. Sobre o assunto: NEVES, A. Castanheira. O problema da discricionariedade. In: **DIGESTA** – Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 577 e segs.

43. “Toda compreensão pressupõe uma relação vital do intérprete com o texto, assim como uma relação prévia com o tema mediado pelo texto. A essa pressuposição hermenêutica é que dá o nome de pré-compreensão, porque evidentemente não é produto do procedimento compreensivo, já que é anterior a ele.” (GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Tradução Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 491).

3.2. Interpretação e limites textuais para a atuação criativa do juiz

O exercício da atividade jurisdicional, plasmado na resolução de conflitos intersubjetivos, já vimos, leva à criação de algo novo, que não havia antes da decisão. Por isso, o juiz, como intérprete, cria o direito e o produto de sua atividade é considerado como uma norma concreta⁴⁴.

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

Um exemplo marcante dessas normas gerais e abstratas pré-existentes está nas regras de estrutura, de modo particular naquelas definidoras de competência. Se as normas gerais e abstratas decorrentes dos diversos textos normativos (Constituição, leis etc.) não existissem antes do seu contato com o aplicador – o juiz, na sua competência, seria sempre autorreferencial. Dimoulis bem anotou:

Nos sistemas jurídicos modernos, todas as competências das autoridades estatais e os direitos dos indivíduos são definidos de forma relacional mediante normas jurídicas, não cabendo ao titular decidir livremente, de forma auto-referencial, sobre os limites de seu direito ou competência.⁴⁵

O estudo da dinâmica jurídica, segundo demonstrou Kelsen⁴⁶, mostra que as normas que integram certa ordem jurídica se apresentam de forma escalonada. Com isso, o direito regula a sua própria criação. As normas de superior hierarquia determinam o modo como as outras normas devem ser introduzidas no ordenamento⁴⁷.

44. DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 70, v. 1.

45. DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico** – Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 213.

46. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 215 *et passim*).

47. Adotamos aqui, por ser de grande utilidade, a classificação já clássica das normas jurídicas entre (a) normas de conduta e (b) normas de estrutura. As primeiras disciplinam os comportamentos intersubjetivos, recaindo imediatamente sobre a conduta humana; as segundas regulam as condições ou os procedimentos de que emanam normas de condutas válidas (pertencentes a um dado ordenamento) (Cf. BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução Maria Celeste Cordeiro dos Santos. Brasília: UnB, 1997, p. 33).