

# A CRIAÇÃO DO DIREITO PELO JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DA NORMA JURÍDICA

## **Tárek Moysés Moussallem**

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo/SP). Professor do Curso de Direito e do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (Vitória/ES). Advogado. *E-mail:* <tarek@moussallemcampos.com.br>.

## **Yuri Guerzet Teixeira**

Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (Vitória/ES). Pós-graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (São Paulo/SP). Servidor público. *E-mail:* <yuriguertz@gmail.com>.

---

**Resumo:** O debate acerca da existência da investidura, no Poder Judiciário, de função criativa do Direito não é novidade no meio acadêmico, muito pelo contrário. Não obstante, o trabalho que ora se desenvolve pretende analisar o tema sob a perspectiva da teoria da norma jurídica, buscando examinar a norma e a atividade jurisdicional, para, ao fim, reconhecer que a prestação da tutela jurisdicional constitui inovação no ordenamento jurídico. Serão analisadas, como possíveis fontes criadoras do Direito, as sentenças, inclusive aquelas proferidas em casos difíceis e em controle concentrado de constitucionalidade, bem como as súmulas. A investigação perpassa pela tentativa de restrição da amplitude semântica de termos jurídicos polissêmicos por excelência – tais quais norma jurídica e atividade criativa –, visando ao ideal de univocidade, haja vista ser a ambiguidade, muita vez, o fato crucial de desentendimento nas ponderações acadêmicas. Este estudo lançará mão do método dedutivo, valendo-se de pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chave:** Norma jurídica. Criação do Direito. Judiciário. Interpretação. Decisão judicial.

**Sumário:** **1** Introdução – **2** Algumas observações sobre Direito e linguagem – **3** O Direito positivo e a norma jurídica – **4** A norma jurídica – **4.1** A estrutura da norma jurídica – **4.2** A posição da norma jurídica nos subsistemas de manifestação do Direito positivo – **4.3** A norma jurídica e a moldura interpretativa – **4.4** A classificação das normas jurídicas – **5** A função jurisdicional – **6** A criação do Direito pelo Judiciário – **6.1** A criação de normas concretas e individuais – **6.2** A criação de normas concretas e gerais – **6.3** A criação de normas concretas nos casos difíceis – **6.4** A questão das súmulas – **7** Conclusão – Referências

---

## 1 Introdução

A discussão sobre a possibilidade de criação do Direito pelo Poder Judiciário desperta especial interesse porquanto remonta a um dos pilares do Estado brasileiro, qual seja, a repartição das funções estatais, prevista na Constituição da República na condição de cláusula pétreia.

Em verdade, o assunto apresenta raízes bem mais profundas, reportando-se à pioneira descrição de Montesquieu (1999, p. 166-167) acerca da tripartição dos poderes do Estado, segundo a qual não competiria ao Judiciário fazer leis, corrigi-las ou ab-rojá-las, mas tão somente punir crimes e julgar demandas dos particulares, isto é, apenas aplicar o Direito ao caso concreto.

Todavia, há tempos, reconhece-se a necessidade de flexibilizar esse “velho dogma da sabedoria política” (MENDES *et al.*, 2008, p. 156.), a fim fazê-lo ceder, por exemplo, frente à necessidade de uma legislação emanada pelo Executivo. Nesse passo, as funções que Montesquieu atribui a cada um dos Poderes seriam suas funções precípua, sem prejuízo de outras que, em regra, caberiam aos demais Poderes. Resta-nos indagar se a função criativa do Direito é uma dessas funções que o Judiciário pode desempenhar, muito embora caiba precipuamente ao Legislativo.

Com esse intuito, examinaremos o problema à luz de uma teoria da norma jurídica (excerto da ciência do Direito) com nítido viés construtivista, ou seja, assentada na ideia de que o jurista (cientista do Direito), por meio da linguagem, constrói o Direito positivo (seu objeto de estudo). O Direito positivo, então, mais do que se utilizar da linguagem, é constituído, “produzido pela linguagem” (KAUFMANN, 2004, p. 165). Cuida-se de uma teoria da norma jurídica influenciada pelo giro linguístico, que teve como pioneiro, no Brasil, Lourival Vilanova, cujo maior expoente, nos dias de hoje, é Paulo de Barros Carvalho.

Optamos por abordar o problema sob esse prisma, pois entendemos que a referida teoria da norma pode contribuir com o exame da questão, lançando novas luzes sobre um debate que, em alguns pontos, tornou-se desgastado. Valendo-se, sobretudo, de pesquisas bibliográficas e do método investigativo dedutivo, o estudo busca conclusões adequadas às categorias da Lógica e da ciência do Direito.

## 2 Algumas observações sobre Direito e linguagem

No século XX, a filosofia do conhecimento sofreu uma revolução, que culminou com a instauração de um novo paradigma, segundo o qual a linguagem – então relegada a mero instrumento do ato de conhecer – é elevada a *conditio*

*sine qua non* do conhecimento. A esse movimento se denomina giro linguístico (CARVALHO, A. T., 2009, p. 13).

A partir daí, a linguagem passou a ser o ponto de partida para o ser cognoscente (KAUFMANN, 2004, p. 166). O sujeito só conhece quando é capaz de produzir linguagem sobre determinado objeto. O homem apreende dados do mundo fenomênico (por meio de seus sentidos) e os ordena por meio de linguagem, desse modo, torna-se capaz de identificar e classificar os objetos, outrora imersos numa confusão de estímulos sensoriais. Até esse momento, a realidade do ser cognoscente não comportava aquilo que ainda não havia sido linguisticamente ordenado.

A título de exemplo, pensemos em um sujeito que não consiga diferenciar triângulos de retângulos. Frente a um conjunto formado por tais elementos, ele vislumbraria uma única classe, constituída por formas geométricas indistintas. Eis a sua realidade. Suponhamos também que, em dado momento, este sujeito apreenda as ideias de triângulo e retângulo e consiga formular os seguintes juízos: “isto é um triângulo” e “aquilo é um retângulo”, diferenciando-os. A partir daí, inaugura-se para ele uma nova realidade, ele passa a vislumbrar duas categorias distintas de formas geométricas.

Sobre o tema, é inolvidável a revolucionária lição de Wittgenstein (1922, p. 74), segundo quem os limites da linguagem de determinado sujeito correspondem aos próprios limites de seu mundo, de sua realidade. Nesse sentido, podemos dizer, então, que a linguagem cria realidade.

Entretanto, algum cuidado deve ser tomado com a palavra “criação”. Bactérias, por exemplo, existiam antes de alguém identificá-las, isto é, não foram criadas quando sobre elas passou-se a produzir linguagem – afinal, os nomes e aquilo a que eles se referem são coisas distintas. “Criação de realidade”, então, deve ser tomada na acepção de inauguração de uma realidade para o ser cognoscente (MOUSALEM, 2005, p. 7).

O giro linguístico, não obstante, foi mais além: promoveu tratamento paritário a todos os planos da semiótica,<sup>1</sup> ou seja, trouxe a análise pragmática para junto da já consagrada análise sintático-semântica. A análise das significações dos vocábulos passou, então, a não prescindir da análise do contexto situacional em que estão insertas (OLIVEIRA, 2006, p. 139).<sup>2</sup>

<sup>1</sup> São eles: (a) sintático: conexões entre os signos; (b) semântico: conexões entre os signos e os objetos a que eles se referem, e; (c) pragmático: contexto situacional em que os signos são utilizados, ou seja, conexões entre os signos e o utente (VIEHWEG, 1997, p. 177).

<sup>2</sup> Arremata o autor concluindo que a semântica só atinge sua finalidade quando se chega à pragmática (OLIVEIRA, 2006, p. 139).

Todo objeto de conhecimento é constituído por linguagem, pois. E o mesmo se dá com o conhecimento acerca do Direito positivo. Abre-se, então, a possibilidade para que a ciência do Direito utilize a semiótica como instrumento, o que desemboca em relevantes mudanças de perspectivas (VIEHWEG, 1997, p. 177), mormente com o enaltecimento da dimensão pragmática daquela.

Ainda sobre a linguagem, é errôneo afirmar que sua única função é descrever objetos ou informar fatos. A linguagem é utilizada também, entre outras coisas, para influenciar condutas, ou mesmo praticá-las (OLIVECRONA, 2002, p. 35-41).

O Direito positivo é uma linguagem prescritiva (voltada à prescrição de comportamentos), ao passo que a Ciência do Direito é uma linguagem descritiva, que se debruça sobre a primeira – sendo, portanto, metalinguagem – descrevendo-a criticamente. São dois estratos de linguagem, pois (CARVALHO, P. B., 2011a, p. 35).

### **3 O Direito positivo e a norma jurídica**

A resposta da indagação acerca da função criativa do Judiciário – a qual consiste precisamente no objeto deste estudo – não prescinde da fixação de mais algumas premissas. Vamos à primeira delas: Direito positivo é o conjunto das normas jurídicas.

Trata-se de posicionamento há muito adotado por doutrinadores de grande relevo, como é o caso de Ihering: “Hemos adoptado la definición corriente del derecho, que designa á éste como el conjunto de normas obligatorias en vigor en un Estado” ([1923?], p. 224). Nesta esteira, tratamos o Direito positivo como o conjunto de normas jurídicas válidas.

Validade, por sua vez, é um atributo relacional, que não qualifica a norma jurídica em si mesma, mas sim indica um vínculo de pertença entre a aquela e seu respectivo sistema normativo. Destarte, dizer que uma norma “N” é válida significa expressar que ela pertence (está inserida) ao sistema normativo “S” (CARVALHO, P. B., 2011b, p. 448-449).

Nessa toada, o Direito positivo é o conjunto de normas que compõe o sistema jurídico (KELSEN, 1998, p. 5). Admitir isso importa em reconhecer que o Direito positivo se exaure no ordenamento jurídico, nas normas jurídicas válidas, não havendo Direito positivo fora da norma jurídica.

A seu turno, Alexy (2008, p. 87) indica que o gênero norma jurídica abriga duas espécies: princípios jurídicos e regras jurídicas. Não nos apegaremos a tais distinções. Para fins deste exame, utilizaremos “norma” e “regra” como vocábulos sinônimos.

Pois bem, retomando as exposições *supra*, temos que concluir que criar Direito novo é precisamente criar norma jurídica nova, pois. Contudo, fica o questionamento: o que é norma jurídica? Passemos às respectivas considerações.

## 4 A norma jurídica

A norma jurídica é o resultado de uma operação que se processa na mente do intérprete, cujo início é desencadeado pela percepção de elementos do mundo exterior. Os estímulos do mundo fenomênico, sensorialmente captados, são agrupados em nossa mente em forma de juízos linguísticos (CARVALHO, P. B., 2011a, p. 40).

Exemplificativamente, podemos imaginar que um dado observador, ao assistir uma partida de futebol, vê um atacante receber um encontrão de um zagueiro dentro da grande área. Naquele momento, formula-se em sua mente um juízo: “trata-se de jogada ilegal, devendo ser sinalizado o pênalti”.

No que tange à regra jurídica, o processo é similar. Aquela é a formulação mental construída a partir do contato do intérprete com o texto normativo, “é exatamente o juízo (ou pensamento) que a leitura do texto provoca em nosso espírito” (CARVALHO, P. B., 2011a, p. 40).

Forçoso salientar, porém, que um único texto (ou percepção sensível do mesmo evento) pode ensejar diversos juízos, em intérpretes diferentes, a depender do significado que cada um atribui aos termos empregados no texto (ou às sensações que auferem do mundo exterior).

Retomando o exemplo anterior, da partida de futebol, outro observador poderia concluir que a jogada foi legal, ao passo que um terceiro, por sua vez, poderia entender que o atacante incorreu em simulação, merecendo a respectiva punição.

Ocorre que, por certo, a diferença entre os juízos só é perceptível quando da enunciação dos juízos mentais. Os mencionados intérpretes só tomarão ciência da discrepância entre suas formulações quando os pensamentos forem compartilhados.

Tratando-se da norma jurídica, esta é construída a partir da percepção sensorial de símbolos linguísticos presentes no mundo fenomênico – texto escrito, que serve de suporte físico para a norma. Desse suporte físico, reconstruímos um conceito ou juízo: a significação (CARVALHO, P. B., 2011a, p. 41), a qual está fora do mundo sensível, na esfera das formulações mentais. Insistimos que a regra jurídica está no plano das significações, e não do suporte físico.

## 4.1 A estrutura da norma jurídica

A regra jurídica determina comportamentos, e para tanto prescreve que, se algo acontecer, determinadas condutas deverão ser adotadas. Sob esta ótica, pode-se entendê-la como um imperativo condicional, construída conforme uma estrutura hipotética, que rege condutas apenas porque prevê uma consequência para certos acontecimentos de possível ocorrência (FERRAZ Jr., 1994, p. 102). Por isso, diz-se também que “a norma é um juízo hipotético condicional” (CARVALHO, P. B., 2011a, p. 41). À noção de norma jurídica como juízo hipotético condicional, acrescentamos “inserida no ordenamento jurídico por autoridade competente”. Desse modo, outorgamos o devido relevo à dimensão pragmática do conceito, sem prejuízo das dimensões sintática e semântica.

Pois bem, ao reduzirmos as múltiplas modalidades verbais a uma única estrutura formalizada da linguagem lógica, obtemos a fórmula: “se ocorre um fato F qualquer, então o sujeito S’ deve fazer ou deve omitir ou pode fazer ou pode omitir certa conduta C, em face de outro sujeito S’” (VILANOVA, 2005, p. 91). A fórmula anterior pode ser reduzida a outras, menos complexas, sem perder sua qualidade de estrutura lógica, são elas: “se ocorre o fato X, então deve ser a prestação Y”, “se A, então deve ser B”, ou simplesmente “H C”.

Em todo caso, no interior desta fórmula, percebe-se uma hipótese e uma tese. Atrela-se uma consequência a um pressuposto, e tal articulação é feita em forma lógica de implicação: a hipótese implica a tese, o antecedente<sup>3</sup> (pressuposto) implica o consequente (VILANOVA, 2005, p. 91).

Não obstante, a tradicional identificação da estrutura da norma jurídica como um hipotético condicional resolve apenas parcialmente o problema, porquanto não é capaz de explicar a estrutura das normas concretas. Nestas, não há nada de hipóteses ou condições, mas sim um fato – que efetivamente ocorreu na realidade social, narrado em linguagem jurídica. Logo, melhor falar somente que a regra consiste em um vínculo implicacional entre um antecedente (que pode ser uma hipótese ou fato) e um consequente.

O antecedente descreve ou narra possível situação fática do mundo (tanto natural quanto social) e o consequente prescreve os efeitos jurídicos (relação jurídica) que o acontecimento deverá provocar, “razão pela qual se fala em descritor e prescritor, sendo o primeiro para designar o antecedente normativo e o segundo para indicar seu consequente” (CARVALHO, P. B., 2011b, p. 137).

<sup>3</sup> “Antecedente” é termo que deve ser entendido apenas em seu sentido lógico ou formal, e não temporal, pois o consequente se atrela ao antecedente no mesmo instante em que este se aperfeiçoa.

A norma jurídica, em última análise, descreve ou narra (seja ela abstrata ou concreta) um fato e a ele atrela uma relação jurídica. O fato (abstrato ou concreto) é o antecedente e a relação jurídica é o conseqüente.

Todas as normas jurídicas obedecem a tal estrutura linguística, portanto, pode-se admitir que entre elas impera a homogeneidade sintática, muito embora haja heterogeneidade semântica e pragmática – à medida que diferentes normas se referem a fatos distintos, atrelando a eles relações jurídicas próprias; bem como diferentes normas são emitidas por autoridades distintas, segundo ritos peculiares e em situações próprias.

## 4.2 A posição da norma jurídica nos subsistemas de manifestação do Direito positivo

Tanto para a construção do juízo hipotético condicional (regra jurídica), quanto para a organização das normas em uma estrutura maior, escalonada (sistema jurídico), o intérprete percorre, necessariamente, um trajeto. A explanação deste trajeto, tarefa sobre a qual nos debruçaremos a partir de agora, tem por base a obra de Barros Carvalho (2010, p. 103 *et seq.*).

O primeiro subsistema é o da literalidade textual ( $S_1$ ), composto pelos enunciados normativos soltos, porém plenos de sentido (do contrário, não seriam enunciados). Aqui, o intérprete trava contato com o texto normativo e analisa sua sintaxe e morfologia. Os referidos enunciados normativos são os artigos, parágrafos, incisos e alíneas dos diplomas normativos (Constituição, leis, medidas provisórias, decretos, etc.) e servem de suporte físico para as significações jurídicas.

O próximo subsistema ( $S_2$ ) é o conjunto das significações dos enunciados normativos. De cada enunciado o intérprete reconstrói o respectivo sentido (significação). Nesta seara ainda não há que se falar em regras jurídicas – tampouco em regulamentação de condutas – pois lhes falta a estrutura lógica comum às normas (qual seja, “se A, então deve ser B”).

O plano seguinte ( $S_3$ ) é o conjunto articulado das significações ( $S_2$ ), reconstruídas a partir da literalidade dos enunciados normativos ( $S_1$ ). É esse o subsistema das normas jurídicas propriamente ditas. O subsistema  $S_3$  nada mais é que um espaço de ordenação dos juízos construídos em  $S_2$ , isto é, as significações são atreladas umas às outras, em vínculos de implicação, assumindo posições de antecedentes e conseqüentes – formando as normas, pois.

Mister elucidar que, em muitos casos, um único enunciado (artigo, parágrafo, etc.) não fornece significações suficientes à reconstrução de todos os elementos que compõem a estrutura da norma jurídica. Logo, para a formulação da regra

jurídica, não raro, o intérprete precisa travar contato com mais de um enunciado, ressaltando que esses enunciados podem estar situados, inclusive, em documentos normativos diferentes. Em outras palavras, a norma pode ser reconstruída a partir de um enunciado da Lei “X” e outro da Lei “Y”.

O último subsistema ( $S_4$ ) é o conjunto articulado das normas jurídicas ( $S_3$ ). Em sede de  $S_4$ , as regras jurídicas são organizadas em relações de coordenação e subordinação, a fim de constituir um conjunto hierarquizado, qual seja, o ordenamento jurídico. Logo, não seria incorreto afirmar que  $S_4$  está para  $S_3$ , assim como  $S_3$  está para  $S_2$ .

### 4.3 A norma jurídica e a moldura interpretativa

Embora não se admita a existência de univocidade *a priori* de vocábulos – sendo todos eles dotados de certa vagueza e, por isso, de ambiguidade potencial – é certo que as palavras não podem significar qualquer coisa. Asseverar o contrário implicaria negar toda a capacidade comunicativa do ser humano, haja vista que, se qualquer termo pudesse significar qualquer coisa, não seria possível sequer a mais rudimentar forma de entendimento. Assim sendo, o que se admite na comunicação é um descompasso semântico-pragmático, dentro de determinados limites, demarcados pelo espaço de vagueza do vocábulo. Este espaço de vagueza funciona como uma moldura interpretativa, isto é, o vocábulo permite tão-somente que se construam algumas significações a partir dele.

À luz do exposto, percebe-se que não há apenas uma norma jurídica passível de ser construída a partir do contato do intérprete com o texto do Direito positivo, tampouco há apenas uma regra “correta”. Há, sim, um arcabouço dentro do qual várias normas jurídicas podem ser construídas. Do texto não se extrai o sentido correto, mas se constrói um, dentre tantos outros possíveis. Saliente-se que qualquer interpretação (isto é, qualquer sentido atribuído aos termos) que se mantenha dentro da moldura será conforme o Direito positivo (KELSEN, 1998, p. 390). É necessário esclarecer que a referida moldura é traçada não apenas a partir da análise semântica dos termos do enunciado normativo, mas também da pragmática.

O jurista é chamado a indicar uma entre as diferentes acepções atribuíveis às palavras constantes nos enunciados normativos, pois, conforme o exposto, os vocábulos possuem uma penumbra de incerteza (ou espaço de vagueza) na qual age o intérprete (HART, 1994, p. 12) – no caso, o jurista.

Quanto mais precisa for a linguagem empregada no enunciado normativo, menor será a moldura, contudo, ela sempre existirá – pois nada é tão claro que

dispense interpretação –, afinal “o intérprete é chamado a dar vida nova a um texto que por si mesmo é morto, mero símbolo do ato de vida de outra pessoa” (CAPPELLETTI, 1999, p. 22).

#### 4.4 A classificação das normas jurídicas

Segundo a teoria das classes, classificar é distribuir em classes, é agrupar coisas que detenham um atributo em comum. Assim, a classificação deve eleger um critério e distribuir o objeto da classificação entre aqueles que apresentam o atributo (eleito como critério) e aqueles que não o apresentam. A eleição do critério é um ato arbitrário, de sorte que não há que se falar em classificação certa e errada, mas apenas em útil e inútil.

Relevantes (e extremamente úteis) classificações, levando em conta apenas os elementos estruturais da regra jurídica,<sup>4</sup> foram empreendidas por Bobbio (2008, p. 177 *et seq.*). Inicialmente, o mestre italiano aponta como critério diferenciador a abstração/concretude do antecedente da norma jurídica.

A regra jurídica é abstrata quando traz em sua hipótese, não um fato que efetivamente ocorreu, mas apenas uma delimitação dos limites para reconhecermos um fato importante para o Direito, quando este eventualmente ocorrer. Supondo uma norma traga em seu antecedente “se alguém tomar dinheiro emprestado de outrem”, ela será indubitavelmente abstrata.

A seu turno, é concreta a norma jurídica que, em seu antecedente, narra um fato que efetivamente ocorreu no mundo fenomênico, em determinadas circunstâncias. Utilizando um exemplo análogo ao anterior, a norma que descrever em seu pressuposto “dado que o sujeito ‘X’ tomou emprestado a quantia ‘Q’ do sujeito ‘Y’” será inequivocamente concreta”.

A segunda classificação proposta pelo autor agrupa as normas jurídicas conforme seu consequente seja universal ou singular (hodiernamente, fala-se em geral ou individual).<sup>5</sup>

A norma geral tem em seu consequente ao menos um sujeito indeterminado, ou seja, a conduta prescrita se dirige, potencialmente, a um sem-número de pessoas, por exemplo, “o Município de Vitória deve cobrar IPTU de qualquer pessoa que esta realize o respectivo fato impositivo”.

<sup>4</sup> Existem outras classificações da norma de suma importância para a ciência do Direito, tais quais: primária/secundária, de comportamento/de estrutura, etc. Mas nenhuma delas analisa a intimidade estrutural lógica e semântico-pragmática da regra, como fazem as classificações a seguir expostas.

<sup>5</sup> A classificação quanto ao tipo de consequente que aqui apresentaremos difere-se sutilmente da original, proposta por Bobbio, sendo, porém, defendida por Moussalem (2001, p. 102 *et seq.*).

Já a regra individual carrega em sua tese ambos os sujeitos determinados, prescrevendo que determinada pessoa realize certa conduta em face de outra pessoa, também determinada. Assim, é individual a norma que impuser que “o Município de Vitória deve cobrar do sujeito ‘X’ a quantia ‘Q’, a título de IPTU”.

Parece-nos indispensável salientar ser possível ao antecedente narrar um fato consumado no tempo e no espaço. Porém, não o é em relação ao conseqüente. A conduta prescrita há de ser colocada em termos abstratos, porque “prescrever uma conduta que já se consolidou no tempo é um sem-sentido deôntico-semântico” (MOUSSALEM, 2001, p. 104).

Segundo o que foi defendido até o momento, são diferentes e independentes (porque levam em conta critérios diferentes) as classificações das normas jurídicas entre (a) abstratas e concretas, e; (b) gerais e individuais. Portanto, combinando as classificações (a) e (b), fazem-se possíveis quatro tipos de normas, são elas (i) abstratas e gerais; (ii) abstratas e individuais; (iii) concretas e gerais, e; (iv) concretas e individuais. Procedamos aos exemplos:

- (i) “Se, em 1º de janeiro de cada ano, alguém for proprietário de bem imóvel situado na parte urbana do Município de Vitória, deve ser que este Município cobre IPTU do proprietário, em valor a ser calculado mediante aplicação da alíquota ‘A’ ao valor venal do imóvel.”
- (ii) “Se o sujeito X, chefe da diplomacia brasileira, conseguir solucionar determinado imbróglgio diplomático com o Paraguai, a União Federal lhe concederá medalha de honra ao mérito.”
- (iii) “Dado que os legisladores se reuniram e, segundo o rito estabelecido na Constituição, aprovaram o Código Civil brasileiro, todos devem observar as disposições do mencionado texto (esta é a norma chamada de veículo introdutor<sup>6</sup>).”
- (iv) “Dado que o sujeito ‘X’, em 1º de janeiro de 2012, era proprietário do bem imóvel ‘B’, situado na parte urbana do Município de Vitória, deve ser que o Município de Vitória cobre de ‘X’ a quantia ‘Q’, a título de IPTU.”

## 5 A função jurisdicional

Retomando a clássica descrição de Montesquieu acerca da função a ser exercida pelo Poder Judiciário, concluímos que a função jurisdicional consiste na

<sup>6</sup> A norma jurídica (seja de comportamento, seja de estrutura), para ingressar no ordenamento jurídico, precisa de outra, que a introduz, sendo, ambas, produto da enunciação, por parte da autoridade competente. A norma introdutora seria o veículo introdutor da outra, introduzida, por isso diz-se que as regras jurídicas vêm aos pares (MOUSSALEM, 2001, p. 133 *et seq.*).

aplicação do Direito positivo (ordenamento jurídico) aos casos postos sob o crivo daquele. Grosso modo, é esta, até hoje, a definição que os processualistas emprestam ao à expressão “função jurisdicional”.<sup>7</sup>

Entretanto, a atuação do Direito positivo sobre o caso concreto, isto é, a aplicação da norma ao fato perpassa por um caminho, normalmente,<sup>8</sup> trilhado pelo intérprete.

O primeiro trecho dessa marcha é determinar o fato que se está julgando, ou seja, o juiz deve analisar as provas trazidas aos autos e superar as questões de fato trazidas pelas partes. A aplicação do direito objetivo inicia-se pela determinação de qual é o fato sobre o qual a norma incidirá.

O ponto seguinte é a construção da norma jurídica abstrata que, a princípio, se adequaria ao caso concreto. Nos itens anteriores, já demonstramos como se dá a elaboração do juízo hipotético condicional que é regra jurídica.

Em sede de adendo, quadra asseverar que a elaboração da norma jurídica não é uma atividade inventiva ou inovadora do sistema jurídico, pois a regra construída já estava dentro da moldura imposta pelo legislador, ainda que em estado de potência. O Legislativo já havia introduzido tal norma (junto com outras, também em estado de potência, é verdade) no Direito positivo, quando promulgou o respectivo enunciado normativo.

O penúltimo passo da atividade jurisdicional é o confronto entre o antecedente da norma abstrata construída e o fato determinado. Aqui, o magistrado verifica se o fato apresenta as características descritas no pressuposto da norma abstrata, ou seja, se o fato se encaixa na descrição da hipótese.

Por fim, o juiz atrela um conseqüente ao fato, observados os moldes indicados no conseqüente da norma abstrata. Logo, o juiz narra um fato e atrela a ele, mediante uma relação de implicação, um conseqüente.

## 6 A criação do Direito pelo Judiciário

Ao atrelar um conseqüente ao fato em um vínculo de implicação, o magistrado termina por criar uma estrutura imperativa (impositiva de condutas) dotada de

<sup>7</sup> “Da jurisdição [...] podemos dizer que é uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado [...]” (CINTRA *et al.*, 2000, p. 129).

<sup>8</sup> A título de exemplo, podemos indicar que o julgamento de improcedência *prima facie* e ausência de condições da ação fogem ao caminho ordinário, porquanto as alegações são analisadas segundo a teoria da asserção, o que torna desnecessária a determinação do fato (primeiro passo do referido *iter*).

um antecedente e um conseqüente vinculados entre si por um liame implicacional, ou seja, cria uma regra jurídica concreta.

Forçoso esclarecer que a norma em questão não é produto de uma mera interpretação de enunciados normativos, porquanto jamais esteve inserida em moldura alguma. Trata-se, em verdade, de uma nova norma jurídica, introduzida pelo juiz no ordenamento jurídico. Esta norma tem por suporte físico o texto da sentença, o qual assume posição de enunciado normativo.<sup>9</sup> Destarte, concluímos que ao sentenciar, o magistrado lança no Direito positivo enunciado normativo (moldura) novo, criando norma jurídica até então inexistente, ou seja, inova o sistema jurídico. Também é esta a conclusão a que chega Barros Carvalho (2011b, p. 540).

Quanto ao tipo de regra inserida pelo magistrado, no exercício da função jurisdicional, ela é do tipo concreta.<sup>10</sup> Como dissemos alhures, o juiz relata a ocorrência de um fato e agrega-lhe um conseqüente jurídico, impõe uma relação jurídica decorrente daquele fato. E a norma jurídica que narra um fato efetivamente ocorrido, em certas condições de espaço e tempo, é uma norma do tipo concreta. No que tange ao conseqüente, a norma introduzida pelo Judiciário pode tanto ser individual quanto geral, a depender da causa (MOUSSALEM, 2001, p. 162). Uma disputa entre particulares será solucionada por uma norma individual, já a tutela de interesses difusos é prestada mediante norma geral.

Note-se, pois, que a atividade criativa do Direito – ou seja, a introdução de novas normas jurídicas no ordenamento jurídico – não é uma atividade que o Judiciário eventualmente desenvolve, mas sim algo ínsito a própria ideia de prestação jurisdicional.

Contudo, apenas neste sentido se poderia imaginar que o Judiciário cria Direito novo, haja vista não criar normas jurídicas abstratas, tampouco estando autorizado a interpretar para fora da moldura interpretativa dos enunciados normativos.

Não obstante, caso o Judiciário extrapole sua competência e decida com base em elementos fora do Direito – por exemplo, a concepção singular que o juiz possa ter acerca da Justiça, incompatível com o ordenamento jurídico –, temos que reconhecer que a regra jurídica referente a tal decisão adentra o sistema normativo, por meio da sentença (veículo introdutor), e, a partir daí, reveste-se de juridicidade, ou seja, passa a integrar o ordenamento jurídico, torna-se Direito

<sup>9</sup> Entendemos que a sentença, enquanto enunciado normativo, constitui também uma moldura que oferece guarida à construção de mais de uma norma, pois seus termos não são unívocos.

<sup>10</sup> Não se pode olvidar que as “sentenças normativas” da Justiça do Trabalho são uma exceção – constitucionalmente prevista –, pois são normas abstratas inseridas no ordenamento jurídico pelo Judiciário (MOUSSALEM, 2001, p. 162).

positivo. Todavia, neste caso, a decisão do juiz terá pouca força persuasiva, em razão da debilidade do raciocínio jurídico empregado, não devendo ser repetida em casos posteriores.

A partir deste ponto, nos dedicaremos a observar, na prática, a atividade criativa do Judiciário, examinando, a partir de casos reais, a inserção de normas concretas no ordenamento jurídico, por meio da atividade dos órgãos incumbidos da função jurisdicional.

## 6.1 A criação de normas concretas e individuais

Para o exame da criação de normas concretas e individuais, selecionamos julgado da Sexta Turma Especializado do emérito Tribunal Regional Federal da 2ª Região, cuja ementa segue transcrita abaixo.

Responsabilidade Civil – Danos Morais – Tratamento Médico-Hospitalar – Recém-Nascido de 4 meses – Teste do Olhinho – Aplicação Incorreta de colírio para dilatação da pupila – Nexo Causal entre a aplicação do colírio e os danos posteriores – Devida a compensação por danos morais – Manutenção do quantum fixado – Juros de mora de acordo com a Lei nº 11.960/2009 – Honorários sucumbenciais mantidos.

1 – Na hipótese, a responsabilidade civil da Universidade Federal do Espírito Santo – UFES, pelos danos causados em tratamento médico-hospitalar, não é baseada no risco administrativo. O art. 37, §6º, da Constituição Federal refere-se a “terceiros”, e o paciente que procura o tratamento médico não é terceiro desta relação jurídica. A atuação do Poder Público não se deve à assunção de um risco e sim a uma intervenção solicitada pelo paciente. É imprescindível a comprovação de negligência ou imperícia, além do nexos causal entre a conduta e o alegado dano.

2 – Restou comprovado, no caso, que houve grave falha humana na utilização do colírio “Tropinom”, o que gerou sérias complicações no autor, recém nascido de 4 (quatro) meses. Após ser submetido à aplicação do medicamento, para realização do “teste do olhinho” apresentou quadro de hipotonia generalizada, respiração superficial e braquiardia, tendo que ser imediatamente internada na Unidade de Terapia Intensiva do Hospital.

3 – Nos depoimentos prestados pelos profissionais de saúde envolvidos na sindicância instaurada pela UFES, para apurar as complicações decorrentes da realização do teste do olhinho, confirmam o

nexo causal entre a aplicação incorreta do colírio e os danos posteriores que levaram a internação do autor.

4 – A hipótese foi de grave erro dos profissionais de saúde da UFES, que descuidaram do procedimento relativo à realização do teste do olhinho. Assim, assentada a responsabilidade civil do Estado, é devida a compensação dos danos morais pela Universidade-Rê.

5 – O valor fixado na sentença se mostra adequado à situação, devendo ser mantido.

6 – Proferida a sentença em agosto de 2011, os juros moratórios devem ser aplicados de acordo com a Lei nº 11.960/2000, que deu nova redação ao art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, desde a data do evento danoso.

7 – Mantidos os honorários sucumbenciais fixados na sentença em 5% (cinco por cento) do valor da condenação.

8 – Parcial provimento da apelação e da remessa necessária. Sentença reformada tão somente quanto à aplicação dos juros moratórios. (TRF2, Apelação / Reexame Necessário 201050010023630, rel. juiz fed. conv. Guilherme Bollorini Pereira, Sexta Turma Especializada, julgado em 12.03.2012, publicado no *DJe* em 02.08.2012, p. 130.)

Polarizam o conflito de interesses a Universidade Federal do Espírito Santo e SBA, menor impúbere. A questão de fundo que permeia a lide diz respeito, principalmente, à responsabilidade civil do Estado.

De início, o emérito tribunal narra um fato:<sup>11</sup> em 25.01.2010, médicos do hospital universitário ministraram indevidamente um colírio em SBA, então recém-nascido, causando-lhe sérios problemas de saúde, a saber, braquicardia, confusão mental, apneia, pigmentação amarelada da pele e temperatura baixa, fazendo-se necessária a transferência de SBA para a Unidade de Terapia Intensiva (UTI), onde permaneceu por quatro dias.

A partir daí, o órgão julgador construiu, a partir de enunciados normativos, mormente do art. 37, §6º da Constituição Federal, a seguinte norma abstrata:<sup>12</sup> “se o Estado causar ou permitir que se cause dano a terceiros, independentemente de culpa, então deve ser que o Estado repare tal dano, em benefício da vítima”.

Narrado o fato e construída a, em princípio, respectiva norma abstrata, é chegado o momento da aplicação do direito objetivo, isto é da aferição do preenchimento dos critérios traçados no antecedente da norma abstrata, pelo fato.

<sup>11</sup> Vide voto condutor do acórdão.

<sup>12</sup> Note-se que, por conta do espaço de vagueza ínsito aos termos dos enunciados normativos, o Tribunal poderia ter construído normas jurídicas com outros conteúdos, mas não foi o caso.

Nesse ponto, entendeu o tribunal que SBA não era terceiro, mas sim parte de relação jurídica com o Estado. Logo, o fato não preenche os critérios previstos no antecedente da norma abstrata (construída a partir do enunciado do art. 37 da CF) – a qual exige que o ofendido seja terceiro na relação jurídica, e não parte dela. Destarte, a referida regra é tida por inaplicável ao caso concreto.

Partiu-se, então, para a construção de outra regra jurídica abstrata, esta erigida a partir dos artigos 186 e 927 do Código Civil. Ela: “se alguém, dolosa ou culposamente, causar dano a outrem, deve ser que aquele indenize este”.

O órgão julgador entendeu, ainda em abstrato, que “sérios problemas de saúde” está dentro da amplitude semântica do vocábulo “dano”, e que “ministrar medicamento sem a devida atenção” configura ação voluntária negligente (culposa).

Destarte, o tribunal derivou da norma jurídica abstrata outra norma jurídica, também abstrata, porém mais específica que a primeira – mais específica porque traz critérios mais precisos de identificação de fatos. A norma abstrata derivada é a seguinte: “se um médico causar sérios problemas de saúde a outrem, mediante ministração negligente de medicamento, então deve ser que o hospital ao qual o médico é vinculado repare o dano, por meio de indenização”.<sup>13</sup>

Tendo em vista que o fato se enquadra na hipótese da norma abstrata – sendo, portanto, fato jurídico – o julgador atrela a ele um conseqüente que observe os ditames do conseqüente da norma abstrata. Neste caso concreto, concluiu-se que reparar o dano seria verter à vítima o valor de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), acrescidos de correção pelos índices da taxa Selic, desde o arbitramento, em primeira instância.

Ao atrelar o referido conseqüente ao fato, o tribunal inovou no ordenamento jurídico, introduzindo nele a seguinte norma concreta e individual “dado que, em 25.01.2010, nas dependências do Hospital Universitário, um determinado médico vinculado a este hospital, negligentemente, ministrou medicamento indevido em SBA, causando-lhe problemas sérios de saúde, então deve ser que a Universidade Federal do Espírito Santo pague a SBA, a título de indenização, a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), acrescidos de correção pelos índices da taxa Selic, desde o arbitramento, em primeira instância”.

A norma supracitada é concreta, porquanto narra um fato ocorrido, em certas condições de espaço e tempo, e também é individual, à medida que indica precisamente os dois sujeitos e o objeto da relação jurídica. Vale lembrar, por fim, que a aludida norma tem por veículo introdutor a sentença (*rectius*, acórdão) e por suporte físico o texto da decisão.

<sup>13</sup> Deixemos de lado, para fins deste estudo, a regra jurídica que prescreve a responsabilidade da Universidade Federal do Espírito Santo pelos danos causados por seus funcionários.

## 6.2 A criação de normas concretas e gerais

Ao sentenciar questões que envolvam interesses da coletividade, o Judiciário acaba por criar norma jurídica concreta e geral. É o que ocorre no julgamento das ações coletivas e das ações de controle concentrado de constitucionalidade.

A fim de aprofundarmos o exame da criação de normas concretas e gerais pelo Judiciário, invocamos precedente do egrégio Supremo Tribunal Federal, no qual este declarou, em controle concentrado, a inconstitucionalidade de lei federal.

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Artigo 19, caput, da Lei Federal n. 8.870/94. Discussão judicial de débito para com o INSS. Depósito prévio do valor monetariamente corrigido e acrescido de multa e juros. Violação do disposto no artigo 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição do Brasil.

1. O artigo 19 da Lei n. 8.870/94 impõe condição à propositura das ações cujo objeto seja a discussão de créditos tributários. Consubstancia barreira ao acesso ao Poder Judiciário.

2. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente. (STF, ADI nº 1074 / DF, rel. min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 28.03.2007)

Inicialmente, o Excelso Pretório narra um fato: há uma regra legal que prescreve a necessidade de depósito prévio para a discussão de certos créditos tributários. Em seguida, constrói a seguinte norma abstrata: “se alguma regra legal ofender a Constituição, deve ser que aquela fica excluída do sistema jurídico”.

Posteriormente, o tribunal constatou que a exigência do referido depósito prévio cabe no conceito de “ofender a Constituição”. Neste juízo, foi levada em consideração a norma constitucional erigida a partir do artigo 5º, incisos XXXV e LV da Lei Maior – ou seja, reconheceu-se a incompatibilidade entre a norma legal e a norma constitucional.

Logo, narrou que a regra legal em apreço contraria regra constitucional. Trata-se, inegavelmente, do antecedente de uma norma concreta, pois descreveu algo efetivamente ocorrido, em dadas condições de tempo e espaço.

A esse antecedente, atrelou-se um conseqüente, qual seja: “então deve ser que a norma legal quede excluída do sistema normativo”, isto é, o STF cassou a validade da regra legal,<sup>14</sup> impedindo que o Estado prosseguisse com aludida exigência. Em outras palavras, vale dizer que o Estado ficou proibido de impor o

<sup>14</sup> Elucidemos que o corte metodológico traçado para este estudo impede que adentremos na discussão acerca dos efeitos temporais da declaração, em abstrato, de inconstitucionalidade.

supracitado depósito como condição de admissibilidade de discussão judicial de débitos tributários, em desfavor de qualquer membro da sociedade – vê-se aí o caráter geral do conseqüente desta norma.

Destarte, estamos diante de norma inserida no ordenamento pelo órgão máximo do Judiciário, nos seguintes termos: “dado que a exigência de depósito prévio nas discussões judiciais de débitos tributários ofende a Constituição, deve ser que o Estado fica proibido de proceder a tal exigência, em face de qualquer cidadão que pretenda discutir seus débitos tributários na seara judicial”. Necessário salientar que, a exemplo da norma analisada no subitem anterior, a regra jurídica em apreço fora introduzida pelo referido acórdão, e tem por suporte físico o texto do *decisum*.

### 6.3 A criação de normas concretas nos casos difíceis

Segundo Dworkin (2002, p. 127), casos difíceis (*hard cases*) são aqueles que levam ao Judiciário um fato sobre o qual não há clara regulação normativa. Analisaremos agora como se dá a criação de normas jurídicas, pelo Judiciário, nestes casos difíceis. De início, já adiantamos que se trata de norma concreta, pois o caso difícil versa, necessariamente sobre um fato, ao qual será atrelado um conseqüente – este, por sua vez, pode ser geral ou individual.

O caso difícil, então, é uma situação em que, a princípio, não se sabe se o fato narrado preenche os critérios previstos no antecedente da norma “A” ou da norma “B”.

Entendemos ser este um problema que deve ser resolvido conforme o intérprete se desloca pelos subsistemas de manifestação do Direito positivo. Colacionamos acórdão do emérito Superior Tribunal de Justiça para ilustrarmos a questão.

Dano moral – indenização – ação movida por ONG – entidade não governamental – contra outra ONG e seus dirigentes – alegação de que vem sendo difamada em diversas atividades e publicações, inclusive mediante a distribuição no congresso nacional de apostila cuja capa ostentaria “charge” ofensiva do símbolo da entidade autora – liberdade de expressão reconhecida – mero debate de comunicação entre entidades antagônicas – existência de dano moral afastada – recurso especial não conhecido.

Não se configura dano moral indenizável, mas mero debate de comunicação na realização de atividade e publicações, por parte de ONG – Entidade Não Governamental – contra ONG que lhe seja adversa,

ainda que ocorra divulgação de “charge” da imagem símbolo da autora em publicação distribuída.

Recurso Especial não conhecido. (STJ, REsp nº 744537 / RJ, rel. min. Nancy Andrighi, rel. para acórdão min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 26.06.2008, publicado no DJe em 22.08.2008)

Estamos diante de um caso em que o tribunal narra o seguinte fato: uma ONG distribuiu publicações que ostentam caricaturas de outra ONG. Constroem-se, então, duas normas abstratas que, a princípio, poderiam regular o referido fato: a primeira permite a liberdade de expressão, e a segunda proíbe ofender a honra alheia.

Entretanto, a mesma conduta, não pode ser permitida e proibida (ao mesmo tempo), pelo mesmo sistema jurídico. Chegamos, então, ao ponto dramático do caso difícil: apontar qual a norma abstrata aplicável ao fato.

Quando o intérprete, no caso o tribunal, vai aos enunciados constitucionais e legais que servem de suporte físico para normas permissiva e proibitiva supracitadas, ele constrói significações próprias a partir daqueles vocábulos ( $S_2$ ) e as organiza em antecedentes e consequentes, ligados por vínculos de implicação ( $S_3$ ). Da norma jurídica abstrata, elaborada no plano  $S_3$ , podem ser derivadas outras normas jurídicas, também abstratas, porém com um descritor mais preciso.

Depois de proceder a tais diligências, quando o intérprete chegar ao  $S_4$ , ele terá construído um sistema normativo racional, no qual que cada norma (abstrata) terá seu espaço de incidência bem definido, de modo que não haja possibilidade de duas normas antagônicas incidirem sobre o mesmo fato.

Em nosso exemplo, o tribunal, depois de construir a norma permissiva da liberdade de expressão, entende que “publicação de charges não ofensivas com símbolo de pessoas jurídicas” cabe no conceito de liberdade de expressão – trata-se de problema conotativo – e, com isso, erige outra norma jurídica, também abstrata: “se alguém publicar charges não ofensivas com símbolo de pessoas jurídicas, deve ser que este discurso seja respeitado pelo Estado e pela coletividade”.

Por outro lado, o tribunal conclui que “publicação de charges não ofensivas com símbolo de outras pessoas jurídicas” não cabe no conceito de “ofensa à honra” Cuida-se de mais uma questão conotativa resolvida pelo intérprete.

Logo, conclui o órgão julgador que publicar caricaturas não ofensivas com símbolos de pessoas jurídicas é conduta regulada por norma permissiva, ou seja, é algo ínsito ao discurso político, protegido pela liberdade de expressão, pois. Assim, atrela ao fato narrado o prescritor “então deve ser que a publicação seja respeitada pelo Estado e pela coletividade”, criando assim, regra jurídica concreta.

Mister esclarecer que um momento crucial neste discurso de aplicação do Direito positivo foi o reconhecimento daquela charge, posta sob o crivo do Supremo, como não ofensiva<sup>15</sup> (problema denotativo solucionado pelo tribunal).

Salientamos, entretanto, que outro intérprete poderia entender de forma diversa. É perfeitamente defensável a conclusão segundo a qual a aludida publicação é ofensiva à honra, não sendo algo próprio de um discurso respeitoso. Entretanto, a construção de significações distintas a partir dos estímulos sensoriais é absolutamente inevitável.

Desse modo, mesmo nos casos difíceis, a decisão judicial deve ser amparada em normas construídas a partir de enunciados normativos, e não em algo fora do Direito, como, *v.g.*, argumentos políticos (DWORKIN, 2002, p. 132). Afinal, o juiz não tem legitimidade democrática para implementar políticas públicas não previstas no ordenamento jurídico.

Em verdade, este esquema de construção da norma abstrata exclusivamente a partir de enunciados normativos é incompatível com a teoria mais aceita no Brasil, qual seja, a da ponderação. No entanto, parece-nos que o modelo defendido acima é redutor de arbitrariedades solipsistas, ao passo que a ponderação traz consigo uma “inevitável discricionariedade para ponderar” (ALEXY, 2008, p. 611).

## 6.4 A questão das súmulas

Súmulas são enunciados, os quais, necessariamente, serão interpretados (STRECK; ABOUD, 2013, p. 101-102). Encontram-se no primeiro dos subsistemas ( $S_1$ ) de manifestação do Direito positivo.

As súmulas indicam como outros enunciados normativos devem ser interpretados, restringindo as respectivas molduras e, com isso, as possibilidades de construção de regras jurídicas. Destarte, editar súmula não é criar norma abstrata, aliás, não criar norma de qualquer espécie, é simplesmente guiar o intérprete, diminuir o espaço de vagueza de vocábulos constantes em enunciados normativos.

Lembra-nos Marinoni que as súmulas não podem fugir das circunstâncias (contexto situacional) em que foram geradas, ou seja, a súmula só será aplicável a casos que apresentem o mesmo “contexto fático dos casos que lhe deram origem” (2011, p. 483). A afirmativa do professor é precisa e bastante elucidativa, porém não retrata nada além do que deveria ordinariamente ocorrer na aplicação de direito objetivo, dado que a análise pragmática do enunciado não deve ser ignorada.

<sup>15</sup> Neste sentido, entendendo que as referidas caricaturas não eram ofensivas, vide votos dos ministros Castro Filho, Humberto Gomes de Barros e Sidnei Beneti.

A norma abstrata construída a partir dos enunciados constitucional/legal e sumular, como qualquer outra norma jurídica abstrata, se reporta a certos fatos, ou seja, em seu antecedente descreve critérios para identificarmos fatos de possível ocorrência no mundo fenomênico. E só a esses fatos ela será aplicada, e não a outros.

Resta ao aplicador indicar se o fato sob seu crivo preenche os critérios do antecedente da regra abstrata ou não. Se a resposta for positiva, opera-se a incidência – e o subsequente desencadeamento das consequências jurídicas previstas no consequente da norma abstrata. Caso contrário, não.

Sob esta ótica, fica mais fácil entendermos a não aplicação de uma norma jurídica (construída a partir da Constituição/lei e de súmula) a determinado caso concreto, por meio da técnica do *distinguish* (ou *distinguishing*).

O *distinguish* é uma *judicial departure* que implica a não aplicação de certa norma jurídica a determinado caso concreto (BUSTAMANTE, 2012, p. 470). Parece-nos que tal técnica nada mais é senão a declaração, por parte do aplicador, de que o caso em exame não preenche os critérios do antecedente da norma abstrata construída a partir da Constituição/lei (e da súmula, se for o caso), quedando-se esta inaplicável.<sup>16</sup>

## 7 Conclusão

À luz de tudo quanto foi exposto, conclui-se que, até por uma questão de operabilidade, o Judiciário está investido de competência para criar Direito positivo – *i.e.* introduzir novas regras jurídicas no ordenamento jurídico – pois a prestação jurisdicional, invariavelmente, culmina na inovação do sistema jurídico. Dessa sorte, a aplicação do Direito positivo vem, necessariamente, acompanhada da criação de regra jurídica.

A regra jurídica criada quando da prestação jurisdicional é concreta. Não obstante, pode ser geral ou individual, a depender da natureza da causa posta sob o jugo do Estado-juiz. Tal norma tem por veículo introdutor o texto da sentença.

O esquema de criação do Direito defendido até aqui se aplica, indistintamente, às demandas que versem tanto sobre conflitos individuais quanto coletivos (inclusive os casos difíceis), e bem como a ambos os modelos (concreto e abstrato) de controle de constitucionalidade.

<sup>16</sup> Com a devida licença, entendemos que a manifestação do *distinguish* como *direct exception* é, em verdade, um caso de *overriding*. Em sentido contrário, Bustamante (2012, p. 474 *et seq.*) vislumbra o *direct exception* e o *indirect exception* duas manifestações do mesmo fenômeno (*distinguish*).

Por sua vez, a edição de súmulas não configura atividade criativa, porquanto aquelas atuam apenas guiando do intérprete pelos subsistemas de manifestação do Direito positivo, ou seja, restringindo a moldura interpretativa dos enunciados normativos. Muito embora, a súmula, como qualquer outro enunciado, para ser devidamente aplicada, exige que o intérprete guarde observância a determinado contexto situacional – ou seja, a norma construída só é aplicável aos fatos que descrever em seu antecedente.

---

### **The Creation of Law by the Judiciary: an Analysis from the Theory of Rule of Law**

**Abstract:** The debate about if the Judiciary is endowed with the creative function of the law is not new to academia, quite the contrary. Nevertheless, the work we now develop intends to analyze the issue from the perspective of the theory of rule of law, seeking to examine the rule of law and the jurisdictional activity, with the objective to, in the end, recognize that judgment, by courts, constitutes innovation in the law. As possible creating sources of law, sentences will be examined, including those produced in hard cases and in concentrated control of constitutionality, as well as dockets. The investigation includes an attempt to restrict the semantic range of polysemic legal terms – such as, rule of law and creative activity – aiming at the ideal of univocity, given that ambiguity is, often, the crucial fact of disagreement in academic speeches. This study utilizes the deductive method and bibliographic research.

**Keywords:** Rule of Law. Creation of Law. Judiciary. Interpretation. Frame. Judicial Decision.

**Summary:** **1** Introduction – **2** Some remarks on Law and language – **3** Positive Law and rule of law – **4** The rule of law – **4.1** Structure of the rule of law – **4.2** Position of the rule of law in the subsystems of manifestation of Positive Law – **4.3** Rule of law and interpretive frame – **4.4** Classification of rules of law – **5** Jurisdictional function – **6** Creation of law by the Judiciary – **6.1** Creation of concrete and individual rules of law – **6.2** Creation of concrete and general rules of law – **6.3** Creation of concrete rules of law in hard cases – **6.4** The issue of dockets – **7** Conclusion – Bibliography

---

## **Referências**

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

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2008.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do precedente judicial*. São Paulo: Noeses, 2012.

- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.
- CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito*. São Paulo: Noeses, 2009.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2011.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- HART, Herbert L. A. *The Concept of Law*. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- IHERING, Rudolf von. *El fin en el derecho*. Trad. Leonardo Rodríguez. Madrid: B. Rodriguez Serra Editor, S/A.
- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Trad. Antônio Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 390.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. 6. ed. Trad. Pedro Viera Mota. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*, 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: RT, 2011.
- MOUSSALEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- MOUSSALEM, Tárek Moysés. *Revogação em matéria tributária*. São Paulo: Noeses, 2005.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *A reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2006.
- OLIVECRONA, Karl. *Lenguaje jurídico y realidad*. 5. ed. Trad. Ernesto Garzón Valdés. México, DF: Fontamara, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. *O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica y filosofía del derecho*. 2. ed. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2005.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Trans. C. K. Ogden. London: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., 1922.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MOUSSALLEM, Tárek Moysés; TEIXEIRA, Yuri Guerzet. A criação do direito pelo Judiciário: uma análise a partir da teoria da norma jurídica. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 11, n. 36, p. 53-75, jan./jun. 2017.

---

Recebido em: 04.09.2015

Pareceres: 03.04.2016 e 19.04.2017

Aprovado em: 03.05.2017