

Indeterminação do Direito e segurança jurídica: diretrizes para uma interpretação estrutural dos modelos jurídicos

Inocêncio Mártires Coelho

Possui doutorado, obtido com distinção, na Universidade de Brasília (UnB). Atualmente, integra, em caráter permanente, o corpo docente do Programa de Pós-Graduação – Mestrado e Doutorado – do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Tem experiência nas áreas de Filosofia do Direito e Direito Constitucional, nas quais vem orientando dissertações de mestrado e teses de doutorado, além de publicar livros e artigos sobre esse âmbito de conhecimento do direito, em revistas e editoras reputadas de primeira linha. *Lattes:* <http://lattes.cnpq.br/6231745536760171>.

Marcílio da Silva Ferreira Filho

Doutorando pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Possui mestrado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e especialização em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). É também Membro Pesquisador no grupo de pesquisa “Desafios do Controle da Administração Pública Contemporânea”. Ocupa cargo público efetivo de Procurador do Estado de Goiás e é também Advogado privado, atuando com foco em Direito Público. Professor de Direito e autor de obras e artigos jurídicos. *Lattes:* <http://lattes.cnpq.br/2817314211126999>. *E-mail:* marciliosff@gmail.com.

Resumo: O presente artigo tem como objeto a análise dos problemas decorrentes da indeterminação do Direito sob o enfoque da segurança jurídica. O Direito, na qualidade de campo do conhecimento, utiliza a linguagem, que, por sua vez, é dotada de signos linguísticos caracterizados por uma textura aberta e indeterminada *a priori*. A Hermenêutica demonstra a existência de teorias que pregam desde uma liberdade até uma maior restrição da interpretação, baseando-se em argumentos diversos (*v.g.*, separação de poderes, legitimidade democrática etc.). Por outro lado, verifica-se um crescente protagonismo das Cortes Constitucionais e mesmo do Poder Judiciário na solução de casos (*vide* as sucessivas decisões acerca da concretização de políticas públicas) em que a influência de fatores extrajurídicos é fundamental na conclusão jurídica adotada, em especial os *hard cases*. Partindo metodologicamente de uma análise bibliográfica e também de análise de julgados específicos, pretende-se enfrentar, como plano de trabalho, a tese sobre como o momento atual das teorias acerca da interpretação e, conseqüentemente, o reconhecimento da indeterminação do Direito influenciam na exigência de segurança jurídica.

Palavras-chave: Hermenêutica. Indeterminação. Segurança Jurídica.

Sumário: Introdução – 1 Interpretação e indeterminação no Direito – 2 Indeterminação e a interpretação estrutural dos modelos jurídicos – 3 A segurança jurídica como problemática ou solução na indeterminação do Direito – Conclusão – Referências

Introdução

A Hermenêutica jurídica e a indeterminação do Direito são elementos intrinsecamente ligados, especialmente quando analisados sob o prisma da segurança jurídica. O Direito se vale da linguagem como forma de viabilizar a sua função e, nesse sentido, relaciona-se com os problemas dela decorrentes, no que se encontra, entre outros, a indeterminação dos termos linguísticos (ou dos conceitos a eles atribuídos) e a sua interpretação como processo ou não de conhecimento pelo julgador.

O protagonismo das Cortes e Tribunais que promovem a interpretação dos textos constitucionais na contemporaneidade é exemplo de como a problemática da indeterminação do direito *versus* segurança jurídica tem se mostrado relevante para a Hermenêutica e para os estudos jurídicos em geral.

Afinal, são comuns os questionamentos e críticas acerca de problemas como: a existência e os limites da discricionariedade nas decisões judiciais; a utilização desmedida de princípios; as argumentações de falta de legitimidade democrática e violação à separação de poderes nas decisões proferidas em *hard cases*; a proliferação também de regras jurídicas, através de um aparato legal complexo; e assim por diante. Encontram-se desde teorias amplas sobre o processo de interpretação, até posicionamentos mais restritos (e mesmo intermediários), em sua grande maioria abordando, sob um aspecto ou outro, os impactos da indeterminação do Direito em face da segurança jurídica.

Assim, sem a pretensão de exaurir os problemas e as dúvidas suscitadas ou mesmo sem a intenção de conferir uma solução peremptória à indagação, o presente trabalho tem por objeto enfrentar o seguinte questionamento: *em que medida a indeterminação do Direito pode impactar positiva ou negativamente na necessidade de garantia da segurança jurídica?*

1 Interpretação e indeterminação no Direito

A Hermenêutica jurídica é temática sempre em discussão nos redutos do Direito, haja vista que a interpretação está associada a toda atividade desenvolvida nesse campo do conhecimento (e quiçá em todos os demais ramos também). Para entender o problema que rodeia o questionamento do presente trabalho, é preciso observar que existe uma distinção, hoje incorporada nas lições hermenêuticas, entre *texto* e *norma*, ou seja, entre o texto aprovado pelo legislador e o significado que lhe é atribuído pelo intérprete, a partir de sua análise em determinado *tempo* e *lugar*.

Na dicção do texto objeto dos diplomas legais são utilizadas palavras (signos linguísticos específicos), oriundas da linguagem natural¹ e, nesse sentido, é possível

¹ Em que pese a utilização de termos técnicos para designar figuras típicas do Direito, a linguagem utilizada por esse ramo do conhecimento é a linguagem natural, diferentemente da linguagem formal. Na linguagem

observamos frequentemente a ocorrência de expressões indeterminadas que não permitem atribuir-lhes sentido único de maneira abstrata, sem análise das circunstâncias fáticas que se destina regular e sem um ato de vontade mínimo do intérprete.

O Direito é considerado como uma área do conhecimento em que prevalece uma linguagem de caráter imperativo (edição de signos linguísticos que objetivam regular, de alguma forma, a conduta humana por meio de *permissão*, *proibição* ou *obrigação*). Nesse contexto linguístico, a interpretação sobressai como uma problemática constante dos estudos jurídicos, com teorias diferentes ao longo da história.

Na verdade, como destaca Miguel Reale (1978, p. 76), a própria Hermenêutica jurídica é produto cultural (portanto, de caráter subjetivo) que possui suas diretrizes cambiantes de acordo com o momento histórico em que a maneira de interpretar é analisada. Há, nesse sentido, variantes culturais da exegese do Direito que tem suas bases justificadas pelo momento em que foram produzidas.² Assim, segundo o referido autor, a visão de mundo influencia diretamente no processo hermenêutico e isso pode ser inferido a partir de uma análise do processo evolutivo.

Com o início do Estado de Direito, logo após a ruptura com o Estado Absolutista (especialmente a partir da era das revoluções – v.g., Revolução Gloriosa, Revolução Francesa, Revolução Americana etc.), a filosofia empreendida se pautava nas bases do liberalismo, através do qual, em que pese a necessidade da existência do Estado (tido como um mal necessário), a sua intervenção deveria ser mínima, garantindo-se a liberdade dos cidadãos. Tinha-se, então, a construção de teorias denominadas *cognitivas* da interpretação (v.g., Escola da Exegese ou Escola filológica), em que a ideia pregada limitava a atividade interpretativa.³

Nessa perspectiva, a teoria hermenêutica era pautada em uma ideia da norma jurídica como algo negativo, ou seja, uma limitação do processo hermenêutico seria algo natural, impedindo a atividade criativa do intérprete. A título de exemplo,

natural, tem-se a utilização de termos linguísticos de compreensão geral de uma população, a fim de lhes permitir a compreensão do que se pretende impor através da disposição legal. Na linguagem formal (v.g., modelos matemáticos), por outro lado, utilizam-se códigos e modelos específicos de linguagem para viabilizar a construção de uma tese em áreas das ciências da natureza, em oposição às ciências do espírito.

² Segundo o autor (REALE, 1978, p. 72): “cada época, em verdade, fixa as normas e os limites de sua exegese do Direito, em função dos valores culturais dominantes, tendo representado grande avanço a compreensão de que a interpretação jurídica não constitui senão uma das formas constantes e fundamentais da Teoria Geral da Interpretação, ao lado da exegese filosófica, artística, histórica etc.”.

³ Ressalte-se, no entanto, que a própria divisão entre teorias cognitivas e não cognitivas, segundo alguns autores – como Gustavo Just (2014, p. 64-65) – é ela mesma ambígua, na medida em que permite englobar situações diferenciadas a partir da perspectiva classificatória que adote. As classificações, como critérios arbitrários que são, devem ser analisadas a título de sistematização do pensamento, sem pretensão de absolutismo ou de verdade.

foi nesse meandro em que fora incorporada a máxima da *interpretativo cessat in claris*, que, embora refutada majoritariamente na teoria hermenêutica contemporânea, tinha bastante força à época. A ideia buscada era a de completude do ordenamento jurídico, com um processo de *codificação* (multiplicação de textos legais), solução de lacunas através de processos de integração (analogia), interpretação mecânica e fundada no silogismo e na literalidade do texto legal.

A ideia da máxima era a de que, ao fim do processo hermenêutico, se a interpretação resultasse em um determinado sentido, não deveria o intérprete ir além para encontrar significados diversos, criando algo não intencionado pelo legislador. Refutava-se, portanto, a ideia de discricionariedade ou de criação do Direito pelo intérprete, inclusive baseando-se nas lições clássicas da separação de poderes. A atividade do juiz seria declaratória, efetivamente de descobrimento, exercendo a função de declarar a lei como se o julgador pudesse ser a “boca da lei” (*la bouche de la loi*).

Entendia-se o ato de interpretar como um processo de descobrimento, a partir de um sentido já conferido previamente pelo legislador. Nesse sentido, encontra-se constante menção ao argumento da necessidade de busca do sentido atribuído pelo legislador para compreensão dos sentidos dos textos legais, através de *métodos* previamente definidos, a fim de inviabilizar um sentido criado pelo intérprete além daquele pensado pelo legislador. Ao destinatário do texto, não seria permitida uma atividade criativa, mas sim meramente declaratória da vontade daquele com competência para produção da lei, fundamentando-se também na exigência de legitimidade democrática do Direito.

Já com o advento dos ideais socialistas (especialmente a partir da onda de direitos sociais estabelecidos nas Constituições pós-Revolução Industrial), a necessidade de intervenção do Estado na vida social e econômica se ampliou. A Administração Pública passou a intervir em virtude de uma filosofia que defendia tal intervenção com vistas a assegurar direitos mínimos à população (*v.g.*, saúde, educação, lazer, assistência social, previdência etc.). A intervenção, direta ou indireta, gerou uma maior complexidade nas relações e impactou também nas teorias hermenêuticas. Para garantir os direitos assegurados constitucionalmente, as Cortes Constitucionais passaram a proferir decisões paradigmáticas com o objetivo de imprimir efetividade às normas constitucionais, mesmo não havendo regulamentação expressa sobre a matéria.

A partir de então, passaram a ser difundidas discussões sobre teorias *não cognitivas* da interpretação (*v.g.*, realismo jurídico), através da qual a norma não seria simplesmente descoberta, mas sim criada pelo intérprete a partir das complexidades sociais e econômicas. Tratando-se a compreensão de um processo subjetivo, não teria como torná-lo inteiramente objetivo a partir de mensagens

pretéritas, nas quais se observa por característica essencial a subjetividade da linguagem. Além disso, o Direito deveria se adequar ao *tempo* e *lugar* em que é aplicado, não podendo o entendimento de um legislador pretérito vincular inteiramente situações futuras que não se coadunam com o seu tempo, especialmente diante da evolução.

As teorias chamadas *cognitivas* e *não cognitivas* se identificam com a classificação também lançada pela doutrina entre teorias *interpretacionistas* e *não interpretacionistas*, com a primeira pregando a restrição no ato de interpretar limitado ao texto legal, enquanto a segunda admite uma maior liberdade do intérprete no processo de criação da norma jurídica, que não ficaria restrito exclusivamente ao texto editado pelo legislador.⁴ Essas posições antagônicas surgem pela constante discussão entre a subjetividade do ato de interpretar e as tentativas de objetivar ou neutralizar a interpretação através de *métodos*.⁵

Por fim, identifica-se também a existência de teorias *intermediárias*, que não se apresentam ao extremo das *cognitivas* e das *não cognitivas*. A posição intermediária assume o caráter subjetivo do processo de interpretação, mas afirma a possibilidade de se objetivarem limites a essa compreensão, de sorte que não descambe para uma anarquia ou abstração total (a partir de uma liberdade ilimitada) na indicação da norma jurídica, como uma espécie de total liberdade (discricionariedade, que poderia levar, inclusive, para a *arbitrariedade*) do intérprete.

Esse avanço nas teorias da interpretação é estudado com profundidade no contexto acadêmico atual, com importantes obras que variam de uma concepção mais restritiva, até uma abordagem mais ampla. Para inferir tal fato, a título exemplificativo, podemos mencionar o avanço de um pensamento em que era protagonista o positivismo jurídico pautado nas lições exegéticas do Círculo de Viena tendo como principal precursor Hans Kelsen, até uma discussão mais acalorada

⁴ O crescimento das teorias não interpretacionistas se verifica principalmente pelos movimentos do Direito Constitucional, em que a textura aberta dos enunciados é mais evidente. Inocêncio Mártires Coelho (2011, p. 107) destaca que “[...] tendo em conta a historicidade e a estrutura do texto constitucional – essencialmente conformado por *princípios jurídicos*, por enunciados que são abertos e indeterminados e só adquirem efetividade com a mediação dos seus aplicadores –, parece lícito concluir que, ou se confere liberdade ao intérprete para *concretizá-los*, ou se renuncia à pretensão de manter *viva* a Constituição”.

⁵ A utilização de métodos é criticada por parcela da doutrina, que visualiza – além da impossibilidade de descobrimento de uma verdade exclusiva – o descompromisso na sua sistematização e demonstração. Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 135) utiliza o termo *sincretismo metodológico* para ressaltar que esse uso desmensurado dos métodos “impede que se avance na discussão acerca da tarefa da interpretação constitucional. Comum às análises sobre o tema é o fato de que esses métodos sejam apenas resumidamente explicados – não raro com base apenas na obra de Canotilho –, sem que se chegue a qualquer conclusão sobre a relação entre os diversos métodos, sua aplicabilidade e, principalmente, sobre a compatibilidade entre eles”.

entre Hart (2012, p. 351)⁶ e Dworkin (2002, p. 127 e 165)⁷ na contemporaneidade, ambos admitindo uma superação da perspectiva positivista tradicional, mas divergindo quanto ao grau de amplitude da atividade interpretativa.

Nesse sentido, a atualidade, inclusive no plano brasileiro, aponta para a existência de teorias divergentes, que perpassam por noções que primam mais pela análise pragmática⁸ (pragmatismo jurídico), pelo enfoque na retórica⁹ ou mesmo que possuem posições mais retraídas sobre a intervenção judicial,¹⁰ porém todas avaliando a (im)possibilidade de interpretação unívoca no processo hermenêutico.

Essa subjetividade da interpretação e a dificuldade em se conceber uma teoria que defenda a existência da verdade única em ciências do espírito é o que leva às reflexões atuais acerca da Hermenêutica, especialmente a partir da reanálise dos métodos científicos, que visam tornar objetivo um processo eminentemente subjetivo (o conhecimento e a aprendizagem, concebendo a inexistência de verdades absolutas). É nesse sentido que Hans-Georg Gadamer (2015, p. 631) chega a afirmar que “a certeza proporcionada pelo uso de métodos científicos não é suficiente para garantir a verdade” e que a interpretação não pode se despir das tradições e das influências do lugar e tempo em que o intérprete está inserido.

A subjetividade do ato de interpretar vem passando a pautar as lições acadêmicas da contemporaneidade, reconhecendo-se que a interpretação do Direito (e especialmente do Direito Constitucional, dada a maior indeterminação dos termos utilizados nos seus textos) não se dá mais como um processo isolado e imune a

⁶ Hart (2012, p. 351) defende que o intérprete exerce, principalmente em casos paradigmáticos (*leading cases*), uma atividade criativa, decorrente de uma discricionariedade ocasionada pela incompletude do direito. Afirma o autor, em seus pós-escritos para rebater as críticas de Dworkin, que “o conflito direto mais contundente entre a teoria do direito exposta neste livro e a de Dworkin emana da minha afirmação de que sempre haverá, em qualquer sistema jurídico, casos não regulamentados juridicamente sobre os quais, em certos momentos, o direito não pode fundamentar uma decisão em nenhum sentido, mostrando-se o direito, portanto, parcialmente indeterminado ou incompleto. Para que possa proferir uma decisão em tais casos, o juiz não deverá declarar-se incompetente nem remeter os pontos não regulamentados ao poder legislativo para que este decida, como outrora defendia Bentham, mas terá de exercer sua discricionariedade e criar o direito referente àquele caso, em vez de simplesmente aplicar o direito estabelecido já existente”.

⁷ Dworkin (2014, p. 488-492) foi um dos grandes opositores de Hart, criticando a ideia de incompletude do sistema jurídico, apesar de reformulações em sua teoria. Para ele, o julgador tem “o dever, mesmo nos casos difíceis, de descobrir quais são os direitos das partes, e não de inventar novos direitos retroativamente”. O juiz, então, não exerceria atividade puramente criativa, mas sim deveria encontrar a solução perfeita ao caso concreto a partir de uma perquirição através dos argumentos com base em princípios e regras. A figura do juiz-Hércules, criada por ele, exemplificaria a tarefa interpretativa e argumentativa de uma semidivindade, não havendo, portanto, uma discricionariedade pura do julgador.

⁸ Interessante perspectiva é relacionada ao pragmatismo cotidiano de Richard Posner (2010).

⁹ Conferir, a esse respeito, os posicionamentos de Tercio Sampaio Ferraz Junior (2011 e 2015), João Maurício Adeodato (2012).

¹⁰ Conferir também, a esse respeito, a obra de John Hart Ely (2010).

interferências, havendo uma participação plural datada e localizada.¹¹ Essa subjetividade inerente à interpretação decorre especialmente da indeterminação tida como característica da linguagem.

A linguagem, como instrumento do processo comunicacional, não permite inferir sempre uma mensagem única a partir dos termos utilizados. A importância da teoria da semiótica, por exemplo, através da necessidade de análise conjuntural da semântica, sintática e da pragmática demonstram que a linguagem deve ser adequada ao tempo e lugar, em que a ideia do *determinismo* se mostra incompatível.

O intérprete, nesse sentido, atua como *mediador* entre o texto e o objeto, sendo impossível vincular inteiramente a sua atuação a partir da linguagem, cujo conteúdo é também eminentemente subjetivo.¹² Não se nega que as conclusões aludidas são criticadas sob o ponto de vista da legitimidade política, especialmente com base na teoria tradicional da separação de poderes, suscitando ainda a possibilidade de arbitrariedade dos intérpretes na definição da norma jurídica.

O reconhecimento da subjetividade da interpretação não leva necessariamente à anarquia e à liberdade absoluta dos juízes, mas sim à descrição da interpretação como algo que não pode ser separado da subjetividade do intérprete (tradição, valores, influências externas etc.). Como já mencionado anteriormente, a linguagem, a retórica, o pragmatismo, entre outros são apontados como instrumentos orientadores da atividade do intérprete nas teorias intermediárias, mas, mesmo nessas hipóteses, reconhece-se que a interpretação não pode ser objetivada por métodos pré-estabelecidos e que a indeterminação é característica típica do Direito.

2 Indeterminação e a interpretação estrutural dos modelos jurídicos

A própria palavra “indeterminação” pode se mostrar, de alguma forma, contraditória com a ideia hermenêutica da atualidade para se falar acerca do Direito.

¹¹ Peter Häberle (2002, p. 43), nesse sentido, defende uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, afirmando que “a sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional. A interpretação constitucional jurídica traduz (apenas) a pluralidade da esfera pública e da realidade (*die pluralistische Öffentlichkeit und Wirklichkeit*), as necessidades e as possibilidades da comunidade, que constam do texto, que antecedem os textos constitucionais ou subjazem a eles”.

¹² Nesse sentido, explica Gabriel Mora Restrepo (2009, p. 226): “[...] para el enfoque hermenéutico los estándares de juicio están incompletos sin la mediación del intérprete, quien les da lectura desde las exigencias particulares del caso y no sólo desde la norma abstracta establecida por el legislador. Si se repara en el acto de juzgar propiamente dicho, se advierte que la determinación del ius litigioso consiste en una operación mental que involucra tanto la razón del juez como su disposición o ánimo para fallar en justicia, actos que sólo pueden ser realizados con su autoridad. En tal sentido, su función es algo más que reconstructiva: es mediadora entre los derechos reclamados y las obligaciones exigidas por las partes que conforman un litigio, e intermediaria para establecer, determinar y mandar con autoridad la justicia concreta”.

É que, como dito no tópico anterior, o entendimento prevalecente na Hermenêutica jurídica é o de que não existe uma verdade ou interpretação única no Direito, mas sim múltiplas perspectivas que podem resultar em diferentes interpretações, que não se sobrepõem hierarquicamente. Assim, o Direito não pode ser determinado previamente (não há determinismo no Direito), sendo a indeterminação uma característica a ele inerente.¹³

De qualquer sorte, considerando a utilização do termo pela generalidade dos autores, podemos fazer uma análise das abordagens apresentadas nas obras acerca do tema. Quando falamos em *indeterminação* do Direito, como primeiro ponto, há necessidade de distingui-la (a determinação) dos conceitos de *subdeterminação* e *sobredeterminação*, mencionados por Josep. M. Vilajosana (2007, p. 90).

A *indeterminação*, como visto, decorre da diversidade de sentido que se pode atribuir a um signo linguístico em decorrência da constatação de: (a) ambiguidade; (b) vaguidade ou (c) textura aberta da linguagem, esta última se relacionando também com a noção de vaguidade. Assim, nessa hipótese, é possível encontrar no texto legal uma composição linguística destinada a regular a situação, mas a linguagem usada é dotada de algo que torna indeterminado o significado a ser extraído.¹⁴

A *subdeterminação* (ausência de texto normativo), por outro lado, ocorre nas hipóteses em que não há texto normativo destinado a regular uma situação concreta, isto é, há uma lacuna no ordenamento jurídico. Assim, ao se deparar com uma situação concreta, a busca no ordenamento jurídico por disposições linguísticas que tratem do problema em específico não será suficiente para solucionar o caso, já que verificada a ocorrência de lacuna.

A *sobredeterminação* (pluralidade de texto normativo), por fim, ocorre quando mais de um texto regula a mesma conduta de maneira conflituosa. Trata-se da hipótese de antinomia normativa, que constantemente entra em discussão no campo da análise distintiva entre *regras* e *princípios* jurídicos.

Aqui, pretendemos trabalhar o problema da indeterminação propriamente dita, levando em consideração a impossibilidade de determinação prévia e geral

¹³ Inocêncio Mártires Coelho (2015, p. 154) explica que: “Toda interpretação é apenas uma entre várias outras, igualmente possíveis e aceitáveis, desde que as ‘decisões interpretativas’ observem critérios mínimos de racionalidade, a cuja luz não se avalizam leituras manifestamente absurdas, mesmo sob o risco de se perderem intuições geniais ou ideias súbitas, que, mais adiante, podem vir a ser acolhidas, alterar paradigmas e, afinal, provocar verdadeiras revoluções científicas. Assim como a natureza, *scientia non facit saltus...*”.

¹⁴ No Brasil, o tema da indeterminação do Direito foi lançado pela primeira vez por meio da obra de Lenio Streck (1999), com o título “Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito”. Embora haja discussão sobre concordância com o posicionamento adotado pelo autor, o registro histórico se faz importante.

do sentido dos termos linguísticos utilizados pelo legislador. O Direito, apesar de sua caracterização linguística a partir de termos técnicos, se vale de uma linguagem *natural*, isto é, palavras para viabilizar uma comunicação entre comunicador e receptor da manifestação legal. Essa linguagem, no entanto, é dotada de *ambiguidade, vaguidade e textura aberta*.

A *ambiguidade* ocorre nos casos em que uma mesma palavra permite inferir mais de um conceito, mais de um significado. A palavra “banco”, por exemplo, se utilizada em mais de um contexto poderá designar coisas diferentes. Caso se afirme que “estou sentado em um *banco*”, há um sentido totalmente diferente do que afirmar que “irei ao *banco* depositar dinheiro”. A palavra “banco”, nesse caso, está dotada de *ambiguidade*.

Além disso, a ambiguidade pode ocorrer de mais de uma forma. Josep M. Vilajosana (2007, p. 93-94) explica que pode ocorrer por: (a) mera homonímia; (b) em decorrência de uma ambiguidade relacional (significados diferentes, mas relacionados e que designam a mesma palavra);¹⁵ e, por fim (c) em decorrência de ambiguidade sintática (decorrente da estrutura sintática utilizada na frase).¹⁶ A ambiguidade, portanto, é uma característica encontrada nas palavras utilizadas pelo legislador.¹⁷

A *vaguidade*, por sua vez, não é identificada simplesmente a partir da palavra, mas sim como uma propriedade típica dos conceitos que lhe são atribuídos. Segundo Josep M. Vilajosana (2007, p. 94-96), para entender a característica da *vaguidade* é preciso compreender anteriormente o que se tem por *denotação* e *conotação*.

A *denotação* designa as classes de objetos que são englobados pela palavra, ou seja, a extensão da palavra. A *conotação*, por outro lado, consiste em um conjunto de características ou propriedades para chegar a esse objeto. O problema da *vaguidade*, como se vê, está relacionado não à palavra em si considerada (pois se sabe *o que* ela engloba), mas sim no que diz respeito à sua extensão (a *conotação*).

A título de exemplo, quando utilizamos o adjetivo “velho” para designar algo, sabemos o que ela quer dizer. Porém, as características e propriedades

¹⁵ O exemplo dessa hipótese seria a palavra “direito”. Em alguns casos, pode designar um ramo do estudo jurídico (direito civil), em outras pode designar conjunto de normas (o direito como ordenamento jurídico) e ainda pode designar um direito específico (“eu tenho direito à indenização”), entre outros significados.

¹⁶ O autor dá como exemplo o caso do art. 1.346, 7 do Código Civil espanhol, ao prever “são bens privativos de cada um dos cônjuges: as roupas e objetos de uso pessoal que não sejam de extraordinário valor”. Há ambiguidade ao se indagar que o “extraordinário valor” se refere aos objetos pessoais ou também às roupas?

¹⁷ Inocêncio Mártires Coelho (2015, p. 162) afirma que: “deve-se estabelecer uma distinção clara entre expressões *ambíguas* e expressões *vagas*, embora os pontos envolvidos sejam comuns. A distinção tem importância prática do ponto de vista da aplicabilidade do método de análise semântica, pois a ambiguidade pode ser eliminada por meio desse método, enquanto a *vaguidade* das expressões é de natureza objetiva e, assim, não pode ser completamente eliminada”.

para enquadrar uma situação no seu significado variam conforme o local, cultura, expectativa de vida etc. Em alguns locais, velho poderá ser considerado a partir de 60 anos, em outros poderá ser 90 anos e, em outros, pode-se até falar em alguém acima dos 40. Há, efetivamente, uma variante quanto à extensão da palavra.

Outro exemplo de vaguidade encontrado é o caso em que não é possível identificar, a partir da palavra empregada, quais as características necessárias para englobar determinadas situações concretas especiais. O autor referido dá o exemplo da palavra “veículo” que, em muitas situações, engloba certos casos de maneira mais clara (não há dúvidas de que o carro, lancha, trem, metrô etc. são veículos). Porém, em outras situações, tal palavra pode não se enquadrar tão facilmente, como uma escada rolante ou um elevador. Quais as características necessárias para enquadrar como veículo, na forma sintática empreendida na frase? Essa zona de dúvida é o que caracteriza a vaguidade da palavra.

Por fim, ainda no que concerne à indeterminação, menciona-se a existência de casos de *textura aberta da linguagem*, tida como uma espécie de vaguidade *intencional*. Aqui, trata-se de situação na qual o próprio legislador utiliza expressões dotadas de uma textura aberta para possibilitar ao intérprete a adequação da norma com o passar do tempo. Assim, seriam utilizadas expressões abertas, possibilitando que a interpretação possa variar conforme as necessidades de adequação.

Segundo Ángeles Ródenas (2012, p. 30), os conceitos jurídicos indeterminados seriam uma espécie típica da vaguidade decorrente da utilização de determinados signos linguísticos, o qual importaria em uma renúncia do legislador na introdução de características e propriedades, fazendo remissão a valores vigentes em determinado meio social.

Assim, essas três características dizem respeito à indeterminação, típica do Direito. Tanto a ambiguidade, como a vaguidade e mesmo a textura aberta da linguagem indicam que a utilização de signos linguísticos enseja subjetividade que necessita de um processo intelectual do intérprete para criar a norma jurídica em cada caso.

Porém, é preciso destacar que a existência de situações de indeterminação fundamentadas em uma das três hipóteses pode dar a ideia de que haveria casos nos quais a linguagem geraria uma clareza absoluta e, portanto, não haveria possibilidade de atribuição de um sentido exclusivo pelo intérprete, que ficaria adstrito à mensagem destinada pelo legislador. Ocorre que a subjetividade é característica presente em qualquer processo comunicacional, tal como é a utilização de expressões no campo do Direito.

Embora possa haver uma vaguidade intencional, objetivando atingir uma maior abertura do texto legal, fala-se também que toda linguagem possui uma vaguidade potencial. Em cada situação, há necessidade de que o intérprete utilize

sua tradição, sua compreensão de mundo¹⁸ e interprete os signos linguísticos a partir da realidade social e econômica, impedindo que o processo hermenêutico seja completamente (quicá parcialmente) objetivo.

Em que pese essa indeterminação do direito, continua infundável a discussão entre os teóricos quanto ao limite da subjetividade atinente ao processo de interpretação dos textos jurídicos. A indagação acerca da existência de um limite (pelo ponto de vista da adoção de um método, como o gramatical, lógico, estrutural, argumentativo, retórico, pragmático etc.), é alvo de um constante debate nos redutos jurídicos para fins de inferir o possível abalo à segurança jurídica na discricionariedade do ato de interpretar.¹⁹

Nesse campo, interessante discussão existe quando se avalia a questão da *discricionariedade* e da *interpretação* no preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados, tomando como base aqui, a título de exemplo, o embate jurídico suscitado entre Eros Roberto Grau e Celso Antônio Bandeira de Mello.

Em regra, a doutrina brasileira se pauta pelo conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 48) para identificar o significado da *discricionariedade*, especialmente no campo do direito administrativo. O autor afirma:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.

Da definição fornecida por Celso Antônio Bandeira de Mello, tem-se a ideia de que eventuais conceitos jurídicos poderiam conferir margem de liberdade para escolher entre dois ou mais comportamentos cabíveis, adotando a solução adequada em virtude da abertura decorrente das expressões utilizadas pela lei.

¹⁸ Tercio Sampaio Ferraz Junior (2015, p. 12-13) defende que: “o homem não *está*, apenas, *no mundo*, mas *se orienta* nele. Não assumimos pura e simplesmente comportamentos aprendidos, seja eles em termos de respeito a normas éticas, sociais ou jurídicas da tradição, mas pedimos a sua justificação. O homem não está diante da ‘realidade’ como consciência ‘sem mundo’ mas se ergue por meio da construção articulada do seu corpo e dos seus institutos herdados sobre um ‘mundo circundante’, o qual ele, ao *falar*, transforma no *seu mundo*, articulado de modo infinitamente mais rico, e que, apesar de tudo, futuramente, o cerca. Dizer que estamos *no mundo* significa, pois, que estamos situados dentro de uma possibilidade infinitamente atualizável: por toda a nossa vida, aprendemos uma série de hábitos linguísticos de vários tipos, como uma ‘língua’ que sabemos e podemos usar, hábitos que, em diferentes combinações e modificações, são *efetivamente* (atualidade) repetidos (discurso)”.

¹⁹ A referida preocupação pode ser vista da seguinte passagem de Miguel Reale (1978, p. 80): “Por mais que a interpretação possa tirar partido da elasticidade normativa, preenchendo os vazios inevitáveis do sistema, deve ela sempre manter compatibilidade lógica e técnica com o ordenamento jurídico positivo, excluída a possibilidade, verbi gratia, de recusar-se eficácia a uma regra de Direito Positivo a pretexto de colisão com ditames de uma justiça natural ou de uma pesquisa sociológica”.

Eros Roberto Grau (2011, p. 201), criticando a posição do referido autor, faz distinção entre *conceito* e *termo*, entendendo que a indeterminação atinge apenas os *termos* empreendidos para compreensão dos *conceitos*, estes últimos sim determinados. Os *termos* seriam signos linguísticos que gerariam a compreensão dos *conceitos*, estes se compreendendo como a relação entre o termo e o objeto a que se refere.

Nesse sentido, os *termos* seriam dotados de indeterminação em face da existência de vaguidade e de ambiguidade, por exemplo, características típicas do uso dos signos linguísticos. De outra banda, o *conceito*, para que exista, necessitaria sempre de um mínimo de determinação.²⁰ Nesse sentido, por exemplo, os termos “urgência”, “relevância”, “interesse público”, etc. seriam indeterminados, porém, no enfrentamento com os casos específicos, o conceito seria determinado em face da única solução justa para cada situação concreta.²¹

Assim, para Eros Roberto Grau (2011, p. 11), tem-se que “a superação da indeterminação (o *preenchimento*) dos ‘conceitos indeterminados’ (vale dizer, das noções) opera-se no campo da *interpretação*, não no campo da *discricionariedade*”. Assim, conclui que tal aferição “importa a formulação de *juízo de legalidade*; não de *juízo de oportunidade*”.

A distinção de posicionamento entre os autores se mostra como importante, inclusive no aspecto prático. Ao se defender a existência do instituto da *discricionariedade* como decorrente da abertura da linguagem (como pretende Celso Antônio Bandeira de Mello), a intervenção do Judiciário na definição da atuação mais adequada da Administração Pública fica restrita em face do princípio da separação de poderes.²² De outro lado, o entendimento de que a ambiguidade ou vaguidade dos termos não seriam *discricionariedade*, mas sim um processo

²⁰ Nesse pensamento desenvolvido por Eros Roberto Grau (2011, p. 201), o autor nega a existência de discricionariedade em decorrência da indeterminação da linguagem, pois o preenchimento da indeterminação resultaria, na análise dos casos concretos, em uma solução única. Defende que “a discricionariedade é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas ou entre indiferentes jurídicos – porque a decisão se fundamenta em critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos etc.), não incluídos na lei e remetidos ao juízo subjetivo da Administração –, ao passo que a aplicação de conceitos indeterminados é um caso de aplicação da lei”.

²¹ Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 29) se defende ao aduzir: “tem-se que aceitar, por irrefragável imposição lógica, que, mesmo que vagos, fluidos ou imprecisos, os conceitos utilizados no pressuposto da norma (na situação fática por ela descrita, isto é, no ‘motivo legal’) ou na finalidade, têm algum conteúdo mínimo indiscutível. De qualquer deles se pode dizer que compreendem uma *zona de certeza positiva*, dentro na qual ninguém duvidaria do cabimento da aplicação da palavra que os designa e uma *zona de certeza negativa* em que seria certo que por ela não estaria abrigada. As dúvidas só tem cabida no intervalo entre ambas. [...]”.

²² Eros Roberto Grau, quando ainda integrante do STF, fez prevalecer seu posicionamento em alguns julgados. No RMS 24699/DF, Primeira Turma, do qual era relator, por exemplo, deixou expresso que “Os atos administrativos que envolvem a aplicação de ‘conceitos indeterminados’ estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração”. Na hipótese, analisava-se a adequação da situação ao termo “desídia” para fins de aplicação de pena a servidor público.

interpretativo levaria à conclusão de que ao Judiciário cabe o controle para ajustar o *termo* em face do seu *objeto*, tentando conferir a solução adequada ao caso concreto.

Sem pretensão de dar uma resposta conclusiva, até porque a análise do debate precitado não é o objeto do presente estudo, é importante perceber que a indeterminação característica da utilização dos termos linguísticos (ou dos conceitos, como prefere Eros Roberto Grau) gera a discussão acerca da liberdade do julgador na sua definição. Apesar da divergência de opiniões, percebe-se que em ambos os casos a existência de indeterminação é assumida como característica do direito, bem como a impossibilidade de se assumir, *prima face*, a existência de soluções únicas interpretacionistas da linguagem do legislador.

3 A segurança jurídica como problemática ou solução na indeterminação do Direito

Identificada a indeterminação como característica do Direito, a segurança jurídica é questionada tendo como ponto de partida a indagação acerca da liberdade conferida ao intérprete para atribuição do significado aos termos linguísticos. Nesse sentido, a indeterminação do Direito prejudicaria a segurança jurídica ou serviria como instrumento para assegurá-la?²³

De fato, a indeterminação do direito possibilita que diversos fatores influenciem no resultado da interpretação; afinal de contas o intérprete é um ser humano que possui sua compreensão de mundo, seus anseios, suas necessidades, suas expectativas e assim por diante. Para inferir tal conclusão, basta observar a influência que a opinião pública e a mídia (especialmente a social-digital) exercem sobre a conduta e o pensamento dos intérpretes e das Cortes em geral. Como dito, a Hermenêutica se desenvolve a partir de um processo subjetivo, impossível de ser objetivado em sua completude.

Patrícia Perrone Campos Mello (2015, p. 145), em interessante estudo sobre o funcionamento da Corte Suprema brasileira, afirma que a subjetividade influencia, de fato, na tomada de posicionamento dos magistrados. Vários aspectos podem incidir para determinar o comportamento judicial, como aspectos institucionais internos do próprio Judiciário, a interação entre poderes e mesmo a opinião pública, principalmente a partir da interação com a mídia.²⁴

²³ Para viabilizar uma delimitação correta do assunto, não se propôs analisar a diferença entre regras e princípios e tentar enquadrar a segurança jurídica em um dos dois. Levaremos em consideração a segurança jurídica como uma exigência de coerência do ordenamento jurídico, sem, no entanto, adentrar a sua natureza jurídica.

²⁴ A autora (MELLO, 2015, p. 145) defende que “ao interagir socialmente, as pessoas aproximam-se daquelas que consideram semelhantes e com as quais compartilham experiências e valores. Assim, naturalmente,

Isso, no entanto, não induz à ausência de segurança jurídica. Para tentar trazer alguma luz à indagação (sem pretensão de respondê-la peremptoriamente), é preciso observar que a própria noção de segurança jurídica – inclusive na qualidade de princípio – configura-se como uma perspectiva subjetiva. Dizer o que seja a *segurança jurídica* exige um juízo de subjetividade também do intérprete, que o fará em uma realidade determinada no *tempo* e no *espaço*, dos quais não pode se afastar.

De qualquer sorte, pode-se perceber que a indeterminação do Direito permite que a regulação dos comportamentos possa se adequar a realidades do passar do tempo, permitindo que as relações jurídicas não sejam prejudicadas. Assim, poder-se-ia inferir que a indeterminação acaba por promover a segurança jurídica, na medida em que permite que o entendimento acerca da suposta norma não fique defasado no tempo.

É nesse sentido que Josep M. Vilajosana (2007, p. 98) defende:

Sí es interesante destacar, en cambio, que ni la vaguedad actual ni la potencial deben ser consideradas siempre como defectos. A veces, su presencia permite mantener las mismas formulaciones normativas vigentes durante mucho tiempo. Es decir, posibilita que, sin proceder a su derogación, aquellas se vayan adaptando, a través de las sucesivas interpretaciones, a los cambios sociales que modifican la denotación usual de ciertos términos. Ello ocurre porque, en ocasiones, puede variar la denotación de un concepto sin que se modifique su connotación.

Aliás, a indeterminação do Direito é algo inerente a essa área do conhecimento e não haveria como afastá-la, já que a ordem jurídica é formulada com base na linguagem, indeterminada por natureza. Essa indeterminação, ademais, funciona como forma de viabilizar a adequação do Direito à realidade dos fatos, especialmente em sociedades complexas, onde se verifica uma constante evolução e mudanças estruturais.

Como bem defende José Rodrigo Rodriguez (2013, p. 223-224), a abertura dos textos normativos pode conferir maior segurança jurídica do que outros tipos de textos fechados. Após defender a impossibilidade de objetivação completa das decisões judiciais, o autor propõe que o conceito de segurança jurídica seja construído em novos termos, partindo da dimensão de justificativa na argumentação.

um mesmo indivíduo integra diversas coletividades e estabelece vínculos emocionais com seus membros. Todos desejam ser queridos e respeitados por sua família, por seus amigos, pelos que professam a sua religião, por seus colegas de trabalho, pelos demais profissionais com os quais interagem, pela mídia, pelo povo em geral. Cada qual de tais grupos de identificação afirma e reforça determinados valores, e todos os indivíduos se submetem à influência de muitos deles simultaneamente. Quanto maior o vínculo com determinado grupo, mais importante será para o agente o seu reconhecimento, na medida em que este interferirá na construção de sua própria identidade”.

Para ele, a segurança jurídica deve ter por objetivo “construir padrões argumentativos mais abertos, que restrinjam o espaço decisório sem submeter o juiz a limites que o impeçam de dar conta de conflitos novos”.²⁵

O receio daqueles que imaginam que a indeterminação romperia com a segurança jurídica pode ser contraditado. Da mesma forma que a ausência de limites na interpretação das normas jurídicas enseja o argumento do risco à segurança por liberdade excessiva do intérprete, a interpretação pretensamente limitada e objetivada (teorias *interpretacionistas* ou *cognitivas*) também é dotada de crítica. Afinal, a suposta tentativa de aplicar normas jurídicas com uma tal neutralidade do aplicador também poderia suscitar abusos, tal como já ocorreu no passado, em que a Alemanha – apesar de deter uma Constituição de caráter nitidamente social – utilizou-se de cláusulas de exceção para retirar direitos e gerar toda a controvérsia que perpassou a Segunda Guerra Mundial.

Alguns casos de indeterminação do Direito, no âmbito do Judiciário brasileiro, podem ser citados para exemplificar a adequação à segurança jurídica.

A título de exemplo, a Constituição de 1988 prevê a proteção à “família”, termo este que se pode dizer caracterizado por indeterminação. Nesse sentido, muito embora o art. 226, *caput*, da Constituição utilize o termo “família” e o seu §3º reconheça garantia à união entre homem e mulher, o Supremo Tribunal Federal entendeu que união homoafetiva (pessoas de mesmo sexo) também estaria enquadrada no conceito de família para fins de proteção constitucional, reconhecendo-lhe o direito à união estável no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132.

No mesmo sentido, pode-se mencionar também a evolução das expressões “cônjuge” e “companheiro” na interpretação do STF, as quais, a despeito do tratamento diferenciado contido na legislação infraconstitucional – conforme o teor do art. 1.790 do Código Civil – foi equiparado por julgamento proferido recentemente pela Suprema Corte. As decisões foram proferidas nos Recursos Extraordinários 646721 e 878694, através dos quais se declarou a inconstitucionalidade do dispositivo do Código Civil, a fim de assegurar igualdade em termos de direito sucessório.

Outro caso paradigmático interessante que se pode mencionar é o da “marcha da maconha”, enfrentado pelo STF no bojo da ADPF 187/DF. A Constituição de 1988 assegura como fundamentais os direitos de reunião (art. 5º, XVI) e de liberdade de expressão (art. 5º, IX). No entanto, poderia haver manifestação pública em prol de algo considerado ilícito (legalização do uso de entorpecentes)?

²⁵ Continua o autor afirmando que é mais útil “ao invés do ideal de um texto legal construído com o objetivo de suprimir o poder do juiz e transformá-lo em um burocrata no mau sentido da palavra, o uso refletido de textos normativos abertos e fechados. No lugar do ideal de uma resposta jurídica única para cada tipo de conflito jurídico, a obtenção de respostas bem fundamentadas, não arbitrárias, que explicitem seus fundamentos para que seja possível discuti-los e submetê-los a algum grau de formalização e padronização”.

Analisando o caso específico, entendeu o STF que as permissividades constitucionais autorizariam tal situação, entendendo como legal a manifestação.

Ainda como exemplo de indeterminação, vê-se a mesma característica no julgamento proferido pelo STF quanto à possibilidade de realização ou proibição das “vaquejadas”, atividade cultural típica no Brasil com o uso de animais. A ADI 4983 pretendia a declaração de inconstitucionalidade da Lei 15.299/2013, do Estado do Ceará, que regulamentava a vaquejada como prática desportiva e cultural no estado. A declaração de inconstitucionalidade se pautou na expressão utilizada pelo Texto Constitucional “crueldade”, que é vedada em relação aos animais.

Esses julgados são apenas exemplos de aplicação de termos linguísticos utilizados pela Constituição e que se caracterizam pela indeterminação. Outros podem ser citados: (a) a edição da Súmula Vinculante 13, estabelecendo hipóteses de nepotismo; (b) a ADPF 130/DF, que, com base no direito à liberdade de imprensa, entendeu como não recepcionada a Lei 5.250/67; (c) o julgamento da ADPF 347 MC/DF, que tratou do Estado de Coisas Inconstitucional no caso do sistema carcerário brasileiro, permitindo a intervenção em políticas públicas com base na garantia da dignidade da pessoa humana; (d) a desnecessidade de autorização prévia para publicação de biografias, com base na liberdade de expressão, enfrentada no bojo da ADI 4815, entre outros.

Como se observa, a análise de questões paradigmáticas (*hard cases*) exemplifica como a objetivação da interpretação poderia resultar em maior prejuízo do que benefício à segurança jurídica. Caso os destinatários do texto legal se vinculem a um sentido pretérito estabelecido taxativamente pelo legislador, a adequação do significado às complexidades sociais e econômicas ficaria impossibilitada, gerando uma petrificação do Direito.²⁶

O conceito de família, na interpretação atual, por exemplo, não pode ser considerado socialmente aceito da mesma forma em que se dava à época da edição da Constituição de 1988. Os limites da liberdade de expressão, no mesmo sentido, variam de acordo com a democratização do Estado e a (in)existência de conflitos. Tantos outros direitos podem ser mencionados nessa seara para exemplificar que a segurança jurídica não pode ser assegurada por uma objetivação absoluta do Direito, até mesmo por uma impossibilidade inata decorrente da indeterminação típica da linguagem.

²⁶ Há quem, no entanto, entenda que a indeterminação do Direito, somada à utilização excessiva de princípios e argumentos subjetivos, gera certa insegurança e incerteza jurídicas. Segundo Eros Roberto Grau (2016, p. 176-177): “o pensamento crítico que me conduz convence-me de que o modo de ser dos juristas, juízes e tribunais de hoje – endeusando princípios, ao ponto de justificar, em nome da *Justiça*, a discricionariedade judicial – compõe-se entre os mais bem acabados mecanismos de legitimação do modo de produção social capitalista. Decidir em função de princípios é *mais justo*, encanta, fascina na medida em que instrumenta a legitimação desse modo de produção social. Aquela coisa weberiana da certeza e segurança jurídicas sofre então atenuações, evidentemente, no entanto, apenas até o ponto em que não venha a comprometer o sistema”.

Não se nega, no entanto, que a indeterminação deve ser levada descritivamente como um fato relevante, porém sem resultar em uma anarquia ou relativismo absoluto do Direito.²⁷ É fato que a indeterminação típica da linguagem e, consequentemente, do Direito leva o intérprete a se valer de múltiplos argumentos para justificar a sua interpretação. A pluralidade de princípios e regras (e a subjetividade da linguagem) geram complexidade. A sua utilização e a liberdade do intérprete, sem dúvidas, são um dos objetos polêmicos de estudo da Hermenêutica na atualidade.²⁸

Esse limite da atividade intelectual, no entanto, não pode ser objetivado por completo, através da busca por uma solução única ou verdadeira, até porque tal univocidade seria contraditória em essência com a própria característica da linguagem. Assim, pode-se afirmar que a segurança jurídica se compatibiliza com a indeterminação do Direito, porém essa sua característica – que lhe é inerente – deve ser percebida pelos que atuam nessa área de conhecimento, a fim de que seja permitido um debate mais plural, legítimo e consensual na construção de sentido das normas jurídicas.

Conclusão

Percebe-se que a Hermenêutica jurídica não concebe hoje o Direito como algo dado e pré-definido, mas sim algo *histórico* e *contextualizado*, em que os fatores internos e externos do intérprete influenciam na interpretação. Tem-se, assim, que a atividade interpretativa não é de mero descobrimento, mas sim de compreensão e criação, levando-se em conta a complexidade da realidade social e econômica.

A compreensão distintiva entre texto e norma jurídica é elemento essencial para compreensão do processo de interpretação. A norma jurídica é construída a partir de um processo intelectual, não havendo como objetivar inteiramente a atividade do intérprete, que tem influências incidindo sobre a sua leitura do texto e da sua visão de mundo em que está inserido, sua cultura, tradição, experiências etc.

Nesse contexto, a indeterminação é característica inerente ao Direito e dele não se separa, tendo em vista a utilização da linguagem como recurso para emissão

²⁷ Eros Roberto Grau (2016, p. 176-177) manifesta seu receio na utilização excessiva de princípios e de argumentos subjetivos, sem a argumentação suficiente para justificar o posicionamento individual na atualidade. Tanto é assim que seu livro acerca da interpretação do direito teve o título modificado para “Por que tenho medo dos juízes”, citado na nota de rodapé anterior.

²⁸ Sobre a utilização de regras e princípios no discurso jurídico, interessante obra fora elaborada por Marcelo Neves (2014, p. 211-228), ao utilizar as figuras do juiz-Hércules e do juiz-Hidra, criando uma terceira figura, a do juiz-lolau, que não se valeria da subjetividade excessiva dos princípios, mas também não aplicaria as regras sem adequação à realidade social e econômica. A figuração, no entanto, mostra a impossibilidade de objetivação absoluta da atuação do intérprete, mesmo com os cânones propostos pelos autores. A própria impossibilidade da figura é reconhecida pelo autor como uma crítica à tentativa de objetivação do intérprete.

dos comandos, a qual é dotada de indeterminação por essência. Tal indeterminação pode ser caracterizada de diversas maneiras, dentre as quais se destaca a *ambiguidade* e a *vaguidade*, além da *textura aberta intencional* dos dispositivos legais.

A caracterização do Direito como indeterminado, no entanto, não se mostra incompatível como a exigência de segurança jurídica. Pelo contrário, a indeterminação assegura que o Direito possa se adequar às demandas da sociedade e às mudanças de perspectivas, em um processo intelectual-evolutivo. Afinal, não é a humanidade que serve ao Direito, mas sim este que serve à humanidade.

A tentativa de objetivação da interpretação é algo inalcançável. Contudo, os limites da liberdade no processo de definição da norma jurídica, estabelecendo limites à atividade intelectual (e definindo acerca da existência ou não de discricionariedade/arbitrariedade), é uma discussão que possui múltiplos pontos de vista, os quais, no entanto, não eliminam descrição do Direito como indeterminado por característica.

Legal indetermination and legal security: Guidelines for a structural interpretation of legal models

Abstract: The purpose of this article is to analyze the problems arising from the indetermination of the law under the legal security approach. Law, as a kind of knowledge, uses language, which, in turn, is endowed with linguistic signs characterized by an open and indeterminate texture a priori. The Hermeneutics demonstrate the existence of theories that preach from freedom to a greater restriction of interpretation, based on diverse arguments (v.g. separation of powers, democratic legitimacy, etc.). On the other hand, there is a growing role of the Constitutional Courts and even of the Judiciary in the solution of cases (See the successive decisions about the implementation of public policies) in which the influence of extrajudicial factors is fundamental in the legal conclusion adopted, in Especially hard cases. Starting methodologically from a bibliographical analysis and also from analysis of specific judgments, we intend to confront, as work plan, the thesis on how the current moment of the theories about the interpretation and, consequently, the recognition of the indetermination of the law influence in the requirement of legal security.

Keywords: Hermeneutics. Indetermination. Legal Security.

Indétermination juridique et sécurité juridique: lignes directrices pour une interprétation structurelle des modèles juridiques

Résumé: Cet article a pour objectif d'analyser les problèmes posés par l'indétermination du droit dans le cadre de la démarche de sécurité juridique. Le droit, en tant que domaine de la connaissance, utilise le langage, lui-même doté de signes linguistiques caractérisés par une texture a priori ouverte et indéterminée. L'herméneutique démontre l'existence de théories qui prêchent de la liberté à une plus grande restriction d'interprétation, fondée sur divers arguments (par exemple, la séparation des pouvoirs, la légitimité démocratique, etc.). D'autre part, les cours constitutionnelles et même le pouvoir judiciaire jouent un rôle croissant dans la résolution des affaires (voir les décisions successives concernant la concrétisation des politiques publiques) dans lesquelles l'influence de facteurs extra-juridiques est fondamentale dans la conclusion juridique adoptée, notamment les cas difficiles. Méthodologiquement, sur la base d'une analyse bibliographique et de l'analyse de jugements spécifiques, nous entendons confronter, en tant que plan de travail, la thèse de la manière dont le moment actuel des théories sur l'interprétation et, par conséquent, la reconnaissance de l'indétermination du droit influencent sécurité juridique.

Mots-clés: Herméneutique. Indétermination. Sécurité juridique.

Referências

- ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle judicial*. 2. ed. 11. tir. São Paulo: Malheiros, 2012.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.
- COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- ELY, John Hart. *Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. Tradução de Juliana Lemos. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. 3. reimp. São Paulo: Atlas, 2011.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. 15. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.
- GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 7. ed. refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2016.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- JUST, Gustavo. *Interpretando as teorias da interpretação*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.
- POSNER, Richard A. *Direito, pragmatismo e democracia*. Tradução de Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- REALE, Miguel. *Estudos de filosofia e ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- RESTREPO, Gabriel Mora. *Justicia constitucional y arbitrariedad de los jueces: Teoría de la legitimidad en la argumentación de las sentencias constitucionales*. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 2009.
- RÓDENAS, Ángeles. *Los intersticios del derecho: Indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

STREK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

VILAJOSANA, Josep M. *Identificación y justificación del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

COELHO, Inocêncio Mártires; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Indeterminação do Direito e segurança jurídica: diretrizes para uma interpretação estrutural dos modelos jurídicos. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 16, n. 24, p. 81-100, jul./dez. 2018.
