

# **“DEPENDE” A FACTICIDADE COMO ELEMENTO CO- CONSTITUTIVO DA NORMA JURÍDICA**

**“IT DEPENDS”**

**FACTICITY AS A CO-CONSTITUTIVE ELEMENT  
OF THE LEGAL NORM**

 doi.org/10.5212/RBDJ.v.9.24950.006

**Lucas Rodrigues Lima\***



<https://orcid.org/0009-0005-0353-0124>



<https://lattes.cnpq.br/1306908971985563>

Recebido em 30/04/25

Aceite em 16/07/25

**Resumo:** O artigo analisa a estrutura da norma jurídica e os modos de sua aplicação. Com base na hermenêutica filosófica e na teoria interpretativa de Ronald Dworkin, propõe-se a superação da abordagem positivista do fenômeno jurídico, que tradicionalmente separa direito e moral, fato e norma, prática e teoria. Argumenta-se que tais dicotomias são insustentáveis, pois o ato de interpretar não se distingue do ato de aplicar o direito. Interpretar a norma, portanto, é construí-la em cada caso concreto. Assim, a norma jurídica é composta, de forma indissociável, por elementos linguísticos que dizem respeito tanto à facticidade quanto ao direito.

**Palavras-chave:** Direito e moral. Norma. Aplicação do direito. Hermenêutica jurídica. Decisão judicial.

**Abstract:** The article analyzes the structure of legal norms and the ways in which they are applied. Drawing on philosophical hermeneutics and Ronald Dworkin's interpretative theory, it proposes overcoming the positivist approach to legal phenomena, which traditionally separates law and morality, fact and norm, practice and theory. The argument is that such dichotomies are unsustainable, as the act of interpretation cannot be separated from the act of application. To interpret a norm, therefore,

\*Mestre em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Especialista em Direito Tributário pela Fucape Business School. Advogado. E-mail: lr\_lima@outlook.com.

is to construct it in each concrete case. Thus, the legal norm is composed, inseparably, of linguistic elements that relate both to factuality and to law.

**Key-words:** Law and Morality. Legal Norm. Law Application. Legal Hermeneutics. Judicial Decision

## INTRODUÇÃO

É bem conhecido entre os profissionais do direito o relato anedótico de que o jurista, ao ser indagado por um leigo que expõe alguma dúvida, responde, invariavelmente, com um categórico: «depende». Essa anedota é contada para ressaltar, de forma cômica, a suposta indeterminabilidade do direito e a frustração que isso causa ao leigo, que, esperançoso por obter uma solução direta para o seu problema, acaba recebendo uma série de perguntas do jurista, o qual busca entender melhor as circunstâncias do caso. Somente após conhecer os detalhes — e à custa da paciência do leigo, que, não raro, está convicto da simplicidade de seu problema — é que o jurista finalmente expõe o seu parecer. A compreensão daquilo que está subjacente, porém encoberto, a essa anedota é reveladora de duas circunstâncias fundamentais sobre o fenômeno jurídico: de como a facticidade é co-constitutiva da norma jurídica e de como há respostas corretas em direito.

Buscando evidenciar essas constatações, a partir da análise da estrutura da norma jurídica e o momento de sua construção, o presente trabalho parte de dois aportes teóricos. O primeiro deles é a hermenêutica de cunho filosófico. Com base nele, serão exploradas as insuficiências dos postulados do positivismo jurídico em sua apreensão dual do fenômeno jurídico (questão-de-fato e questão-de-direito) e, em superação a elas, será esclarecido como se dá o processo comprensivo em geral e a concretização da norma em especial. O segundo aporte é a teoria interpretativa de Dworkin. Com fundamento nos ideais de integridade e coerência do direito, o texto argumenta que a atribuição de sentido aos textos normativos deve se conformar à história institucional do direito, sendo justamente essa tradição, formada ao longo do tempo, o elemento que lhe confere força vinculante e legitimidade.

Propondo-se investigar as questões sobre como compreendemos, o que é a norma jurídica, qual sua estrutura e qual a forma adequada para sua construção, bem como de onde vem o caráter vinculante do direito, o trabalho chega à conclusão de que o sentido das coisas é sempre atribuído — e jamais declarado — e que, para que esse sentido seja considerado correto, ele deve corresponder àquele que foi historicamente emprestado às coisas que se pretende compreender.

Isso significa que, no direito, o sentido do texto normativo não é extraído dele e declarado pelo intérprete, mas sim por ele atribuído. O intérprete, por sua vez, atribui esse sentido a partir de determinada circunstância problemática (facticidade), que o insere no processo comprensivo e de construção da norma. Tal circunstância, ao mesmo tempo, limita as possibilidades de significação, assim como o faz o teor literal da disposição normativa (texto da lei). Tem-se, com isso, que a norma jurídica é a fusão desses dois elementos que lhe são, portanto, co-constitutivos.

Por fim, a atribuição de sentido aos textos normativos não ocorre em um vácuo, mas se dá a partir da moralidade da comunidade política. Por essa razão, não há cisão entre direito e moral, tampouco o contato entre ambos é meramente circunstancial, como apregoam diferentes posturas do positivismo jurídico. Tais posturas, quando não negam a proximidade entre direito e moral, colocam-nos em etapas distintas, como se a moral fosse uma instância de corretiva do direito. A atribuição de sentido fundada nessa moralidade política forma, ao longo do tempo, uma tradição. É essa tradição que confere vinculatividade ao direito e justificação à sua aplicação. É dever do intérprete mantê-la íntegra e coerente.

## O POSITIVISMO JURÍDICO E A CISÃO ENTRE FATO E DIREITO

De postura científica, o positivismo é uma corrente de pensamento que surgiu, a reboque da revolução industrial, como contraponto ao tradicionalismo espiritualista e seus postulados de ordem metafísica, para a defesa de um retorno aos fatos (fenômenos) e a necessidade de torná-los, em sua concretude material, como base. Com esse propósito, o método científico foi considerado a única forma de resolver todos os problemas humanos e sociais (REALE; ANTISERI, 2005, p. 262 e 282).

A escolha por interpretar apenas os dados da realidade sujeitos à aferição por meio de um experimento fez com que, no âmbito do direito, apenas as regras positivadas, editadas e sancionadas pela autoridade competente, fossem tomadas como os únicos dados dignos de estudo. Isso levou a um acentuado formalismo na definição do objeto da ciência jurídica e no modo de sua apresentação, e um acentuado voluntarismo no momento da realização prática do direito.

No âmbito desse pensamento, o cerne da problemática é compreender e definir o conceito do direito e sua estrutura, por meio da identificação lógica e analítica de sua normatividade. Para isso, seria preciso evitar a contaminação do objeto da ciência jurídica, ao destacá-lo em sua singularidade, o que demandaria a construção de uma epistemologia jurídica desembaraçada de elementos considerados externos (fatos) que pudessem contaminá-lo. Logo, o objeto “puro” de análise da ciência jurídica seria tão somente as regras positivas, examinadas previamente à sua aplicação (STRECK, 2017, p. 171).

Para delimitar o objeto de estudo da ciência do direito, de forma a evitar um regresso infinito na busca por seu fundamento último de validade, Hans Kelsen estabelece como recorte metodológico a pressuposição de uma regra fundante de todo o sistema, isto é, uma norma hipotética fundamental (KELSEN, 1996, p. 01 e 2017). Por sua vez, H. L. A. Hart, crítico da pressuposição do fundamento definidor do sistema jurídico (HART, 2009, p. 140-141), afirmava que, numa análise interna no âmbito de determinado sistema jurídico, tal regra será apreendida, e não pressuposta, como direito, ou seja, como uma norma que o integra e lhe confere unicidade, ao passo que uma análise externa revelaria que esse critério de validade é um específico fato social (HART, 2009, p. 144).

O direito seria então cindido entre teoria e prática. No âmbito daquela, o cientista desempenharia a função de descrever, de forma neutra, o seu objeto de estudo, consistente na legislação vigente; enquanto no âmbito desta, o aplicador teria como tarefa

extraír o sentido do texto da lei para em seguida aplicá-lo, por meio da subsunção, sobre o caso a ser resolvido.

Constatada a ausência de um texto dotado de sentido único e claramente aplicável ao caso em análise, restaria ao aplicador agir discricionariamente, o que equivale a sujeitar o direito à sua vontade. Tal agir teria vez sempre em que houvesse diferentes opções de normas igualmente aplicáveis ao caso disponíveis na moldura normativa, bem como nas situações em que, dada a “textura aberta” da linguagem jurídica, as disposições normativas se revelassem parcialmente indeterminadas (HART, 2009, p. 326).

Ao adotar a discricionariedade como forma de resolução dos casos difíceis, o positivismo abandona o principal problema do direito: a sua realização prática (MÜLLER, 2011, p. 32). A consequência do ceticismo dessa corrente de pensamento sobre a existência de respostas corretas em direito é o convite à arbitrariedade na interpretação do direito (ZANETI JÚNIOR; PEREIRA, 2016, p. 02), a ausência de previsibilidade das decisões judicial, e, assim, a ausência de legitimidade do constrangimento exercido sob a sua insígnia.

São de duas ordens os erros incorridos pelo positivismo jurídico. O primeiro, de natureza filosófica, ao defender que a aplicação do direito consistiria em declarar o sentido do texto legal — como se os sentidos estivessem reificados, à espera de serem acessados pelo intérprete e acoplados à realidade, no ajuste do fato à norma — o positivismo resiste aos avanços filosóficos pós-viragem ontológico-lingüística, que revelaram que os sentidos não são declarados, mas sempre atribuídos.

O segundo erro consiste no acentuado déficit democrático que a apostila na discricionariedade representa, tendo em vista atribuir a um seletivo grupo de indivíduos não eleitos o poder de criar direito novo e aplicá-lo *ex post facto*, como se, para além das regras positivadas, não existisse outro padrão normativo de observância obrigatória.

A correção de tais equívocos, para a superação das limitações próprias ao positivismo jurídico, pressupõe um retorno à facticidade, em sua importância fundante do fenômeno jurídico, enquanto elemento co-constitutivo da norma.

## A FACTICIDADE RECUPERADA

Em sua primeira versão, o juspositivismo estava estruturado sobre o pressuposto de que os códigos bastariam à regulamentação exaustiva da realidade. Porém, uma vez constatada a impossibilidade de existir um legislador universal, capaz aprovar leis aplicáveis para todas as situações possíveis (LIMA, 2013, p. 04), buscou-se resgatar a lógica positivista por meio do aprimoramento do rigor científico na descrição de seu objeto de estudo, e, no âmbito da prática jurídica, com o emprego de analogia e dos ‘princípios gerais’ do direito. Para os casos limites, foi entregue ao julgador o poder de decidi-los discricionariamente (LIMA, 2022, p. 90).

Portanto, pela forma positivista de encarar o fenômeno jurídico — tanto na ciência do direito (na descrição rigorosa e apriorística de seu objeto, para a qual as condutas humanas são relevantes apenas na medida em que descritas como pressuposto ou consequente de um dispositivo normativo) (KELSEN, 1996, p. 79) quanto na prática jurídica (com o preceito de que o julgador está livre para escolher entre as diferentes

normas que, apesar de conflitantes, seriam igualmente aplicáveis ao caso e, no limite, decidir até mesmo para além do direito positivado) (KELSEN, 1996, p. 394) — a realidade é sempre relegada a uma posição de subalternidade

Dessa mesma raiz derivam os equívocos que permeiam o discurso positivista, como a separação entre direito e moral (seja ao defender a sua completa incomunicabilidade, ou, por outro lado, ao dizer que o ponto de conto entre eles é ocasional e secundário), bem como entre questão-de-fato e questão-de-direito, que é, por sua vez, derivada do pressuposto de que a norma jurídica é obtida a partir de uma leitura isolada dos textos da lei, e que a sua aplicação à realidade ocorre por meio de um ato subsuntivo-dedutivo, além da ideia de que pode haver mais de uma resposta correta ao mesmo caso.

Tais concepções, porque refratarias a viragem ontológico-linguística, dão ensejo a especiais perplexidades. Por exemplo, se a norma é construída em abstrato, como saber, antes de se conhecer as circunstâncias do caso, se deverá ser aplicada a regra que impõe a incidência de determinado tributo ou, ao contrário, aquela que concede a isenção fiscal? (LIMA, 2023, p. 220).

E se existe, de um lado, o postulado da irrepetibilidade dos alimentos, e, de outro, a regra pela qual a tutela de urgência de natureza antecipada não pode ser concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão (art. 300, § 3º, CPC), isso quer dizer que o juiz estará livre para decidir discricionariedade e escolher qualquer uma dessas hipóteses normativas? Seriam ambas igualmente aplicáveis à questão? (LIMA, 2022, p. 138-140).

Essas aparentes perplexidades são resolvidas por meio do resgate da facticidade pelo e no direito. No exemplo da aplicação do direito tributário, será as circunstâncias fáticas próprias do caso o elemento definidor da hipótese normativa a ser aplicada, isto é, se a regra que prevê a incidência do tributo ou se aquela que o isenta. Logo, a norma jurídica não poderá ser construída abstratamente, já que ela é dependente da facticidade. Seria despropositado afirmar que o direito seria aplicado de forma sequencial: primeiro tributar para depois isentar.

Já quanto à construção da resposta sobre a liminar em ação de alimentos, a principiologia constitucional inclina a decisão a um só caminho: o deferimento da medida, sempre que estiver demonstrada a necessidade do alimentando e a capacidade econômico-financeira do alimentante, pouco importando a irreversibilidade da medida.

A impossibilidade de cindir fatos e direito se dá porque não compreendemos em abstrato, já que sempre partimos de algum lugar. Não apreendemos os fatos e os objetos que nos circundam destituídos de sua carga significante, e tampouco avistamos um sentido neles encrustados, como uma espécie de capas de sentido, que serviriam de rótulos descritivos do que são e para quê servem.

A verdade é que não temos uma relação direta com objetos ou fatos neutros, pois, em nossa lida cotidiana com eles, sempre os percebemos matizados pela pré-compreensão que temos dos sentidos que lhes foram historicamente atribuídos. Portanto, a relação que mantemos é sempre de intersubjetividade (sujeito-sujeito), a qual, estabelecida ao longo do tempo, forma a tradição de sentidos que herdamos desde o nascimento — e sem querer — e que condiciona todo o nosso processo de compreensão (GADAMER, 2007, p. 18). Em outras palavras, sempre partimos de algum lugar, ao passo que sempre percebemos algo sobre o qual algo já foi dito.

Como não declaramos sentidos — pois eles não estão sobre os fatos e as coisas —, nós os atribuímos, a cada vez. A correção desse ato atributivo, isto é, o acerto na correlação entre o que dizemos sobre algo e aquilo sobre o qual falamos, dependerá da correspondência com o sentido historicamente atribuído a esse algo. O sentido que atribuímos deve se conformar à tradição de significados vinculada ao objeto.

É por essa razão que não é possível cindir fatos e direito. Afinal, ao se deparar com a descrição de um fato, o jurista o apreende imediatamente como uma matéria de direito; e, quando pensa o direito, o faz considerando suas implicações práticas.

Por exemplo, diante do relato de que um indivíduo golpeou outro com um instrumento perfurocortante, tirando-lhe a vida, o jurista comprehende, de imediato, o sentido jurídico disso. Ele não apreende a descrição fática destituída desse significado, suspende o processo compreensível, sai em busca da norma jurídica correspondente, para somente depois de acoplar o fato à norma ser capaz de finalmente de dizer: homicídio.

Da mesma forma, quando ouve o relato de que um varejista realizou a venda de uma mercadoria, o jurista comprehende ter ocorrido um fato gerador do ICMS, a menos que o relato inclua a informação de que a mercadoria vendida era um livro, por exemplo, quando ele saberá que o imposto não incidirá, em razão da imunidade (art. 150, VII, “d”, CF).

Ou seja, o jurista não ouve o relato e apreende o fato “puro”, alheio às suas implicações jurídicas, e sai em busca da regra correspondente, encontra a Lei Complementar 87/1996, que, no seu art. 2º, I, prevê a exigibilidade do tributo; adequa o fato a essa norma, volta ao ordenamento jurídico, dessa vez à Constituição Federal e encontra o art. 150, VI, “d”, o qual limita o poder de tributar ao prever a imunidade tributária dos livros. Ao adequar o fato a essa nova regra, anula a aplicação da primeira e, assim, torna-se capaz de atribuir sentido jurídico definitivo ao fato.

Ele saberá, de imediato, tratar-se de uma situação de não incidência do imposto, por ausência de competência tributária do ente estadual. É também por isso que, caso o relato não inclua a informação sobre o tipo da mercadoria vendida, o jurista, ao ser indagado sobre as implicações tributárias da operação, muito provavelmente diria: “depende”.

Por meio desses exemplos é possível constatar que só existem múltiplas respostas em direito antes da especificação do caso concreto. Frente a elas, a variedade de sentidos estará limitada, pois a resposta a ser construída deverá ser a mais adequada à situação analisada. Disso decorre que a facticidade limita as possibilidades de sentido, porque ela é uma singularidade (STRECK, 2017, p. 70).

Não há, portanto, como cindir o ato de interpretar um texto do momento de sua aplicação. A norma jurídica, ou seja, o sentido do texto, só pode ser construído a partir da facticidade. A normatividade é, pois, o resultado da imbricação dos dados linguísticos que compõem o todo do ordenamento jurídico (programa da norma) com os dados linguísticos concernentes aos fatos atinentes ao caso analisado (âmbito da norma). É por isso que só existem normas concretas, já que toda norma é a resposta mais adequada que o direito tem a oferecer a uma determinada questão (MÜLLER, 2011, p. 16 e 233). Não há normas anteriores ao caso, porque não há respostas anteriores às perguntas.

## O DIREITO É INDETERMINADO?

São diversos os pressupostos que fundamentariam a afirmação de que o direito é indeterminado: (a) a institucionalização da categoria dos “casos difíceis”, os quais, situados na “zona de penumbra” do direito, não estariam regulamentados por prescrições normativas prévias dotadas de sentido claro e unívoco; (b) os discursos de que interpretar a lei é perquirir sua vontade (objetivismo) ou a vontade do legislador (subjetivismo), ou ainda de que o direito-lei é tecnicamente lacunoso; (c) a aplicação da lei, ainda que unívoca, pode se revelar injusta (lacuna axiológica); e (d) as situações em que normas de sentido opostos são igualmente aplicáveis a um mesmo caso, tornando ingênua a crença de que possa existir uma única resposta correta para cada situação analisada (KELSEN, 1996, p. 391).

Diante dessas constatações, a determinação do direito só seria possível por meio da decisão judicial, a qual desvendaria a vontade da lei ou do legislador; preencheria as eventuais lacunas (técnicas ou axiológicas), criando direito novo e aplicando-o retroativamente aos fatos, ou, fruto de um agir voluntarista, materializaria a escolha dentre as opções de normas igualmente aplicáveis, disponíveis na moldura normativa, e, no limite, mesmo para além dela (KELSEN, 1996, p. 394).

Todavia, prevalessem esses postulados, o direito só ganharia determinação no momento de sua aplicação pelo ato decisório, o que equivaleria dizer que ele não possui autonomia, sendo impossível conhecê-lo antes da decisão judicial, o que, por sua vez, levaria à conclusão de que não há uma teoria da decisão capaz de guiar e prever a tarefa judicante. Ou seja, o direito seria reduzido àquilo que o Poder Judiciário diz que ele é.

Subjacente a essa ordem de ideais está o esquema sujeito-objeto, pelo qual, a norma jurídica é o sentido declarado pelo intérprete a partir dos textos legais. E, com base nela, a conclusão de que todas as vezes em que essa declaração não puder ser feita de forma automática e indubitável, caberia ao julgador decidir da forma que melhor lhe aprouver.

Presa a esse esquema, a forma positivista de enxergar o fenômeno jurídico ainda se fia em postulados filosóficos já superados. Para que o positivismo estivesse certo em sua defesa do ato interpretação como um ato de declaração de sentidos prévios, seria preciso dizer que as coisas possuem essências, as quais seriam apercebidas e enunciadas (objetivismo) ou que, por outro lado, o intérprete fosse capaz de apreender objetos neutros, destituídos de significado, e sobre eles depositasse capas de sentido (subjetivismo). Em ambos os cenários haveria uma cisão entre o homem e o mundo.

Superando isso, a viragem ontológico-lingüística de há muito nos revelou que não existe tal separação. Isso porque o sujeito não está dentro do mundo. Na verdade, há entre eles (homem e mundo) uma relação de co-pertencimento: o sujeito é um ser-no-mundo. E a partir dessa originária relação de mútuo pertencimento, o sujeito herda, desde sempre e se sem querer, uma familiaridade com os sentidos que foram historicamente emprestados às coisas que o circundam (BRAGA; FARINHA, 2017, p. 66-67). Lançado no mundo, o homem lida com as coisas que estão ao seu entorno compreendendo, desde sempre, o que elas são e para o quê elas servem (estrutura: *algo como algo*) (HEIDEGGER, 2012, p. 423).

Por exemplo, em sua lida prática, o sujeito não avista um determinado objeto destituído de sentido (neutro), e tampouco o enxerga por etapas: consistindo de um cabo fabricado em madeira ou metal, alongado e ergonomicamente moldado para proporcionar aderência e controle, que tem acoplado a uma de suas extremidades uma peça de metal, projetada para distribuir força em uma área reduzida, que, de um lado, tem o formato de uma garra curva, e, de outro, um cilindro denso, para somente em seguida ser capaz de dizer: isto é um martelo. O sujeito sempre avista o martelo como de um golpe. Ele sabe o que é, para que serve e qual é a sua relação com outros utensílios (LIMA, 2022, p. 45).

Toda análise teórica que se pretende acerca desse utensílio será precedida dessa original familiaridade. É por isso que todo método interpretativo chega sempre tarde, já que posterior à pré-compreensão que temos de quem somos e das coisas que nos circundam (GADAMER, 2007, p. 18). É por isso também que, como nos revelou a hermenêutica de cunho filosófico, a compreensão não é uma metódica, mas um existencial.

Não é diferente no direito. Como o sentido do texto jurídico não está nele reificado, tampouco pode o intérprete apreendê-lo como um objeto neutro, destituído de significado e alheio à história, disponível para ser por ele manejado conforme sua vontade, ele o compreenderá segundo a historicidade significante que lhe foi atribuída ao longo do tempo.

E não apenas o objeto (textos) é dotado de historicidade. O próprio intérprete, que “vê e comprehende sempre do seu ponto de vista, localizado no tempo e no espaço” (PALMER, 2006, p. 182), está invariavelmente submetido aos efeitos da história. É por isso que todo ato compreensível parte de um determinado lugar (*Vorhabe*), a partir de uma visão prévia (*Vorsicht*) e de uma concepção prévia (*Vorgriff*) (HEIDEGGER, 2012, p. 427).

Os horizontes históricos do texto e do intérprete são formados pelos vínculos intersubjetivos estabelecidos no âmbito do convívio social ao longo do tempo. E, como essa estrutura relacional é o contexto no qual emergem, paulatinamente, padrões de conduta que compõem a moralidade da comunidade política, tanto o sentido histórico do texto quanto a historicidade do próprio intérprete estarão matizados segundo os postulados dessa moral política.

Com efeito, o próprio direito-lei é o resultado dessa moralidade, marcando, assim, a institucionalização jurídica da moral (STRECK, 2011, p. 153-154). A deontologia dos dispositivos normativos e a sua legitimidade têm como fundamento de validade a moralidade política da comunidade. O direito é, assim, um ramo da moral, razão pela qual é impossível cindi-los, como pretende o positivismo, bem como tomar a moral como uma instância de superposição, com função corretiva do direito. Direito e moral são, portanto, cooriginários (HABERMAS, 1997, p. 218 e 238).

Os padrões de conduta, de carga deontológica, que emergem do convívio social no âmbito da comunidade política são trazidos para o direito pelo conceito de princípios. Como são formados gradualmente ao longo do tempo, nenhum princípio surge de um momento para o outro. E, como se originam do convívio social, eles introduzem o mundo prático no direito (STRECK, 2017, p. 71). É justamente por isso que eles não ampliam as possibilidades interpretativas, como afirma parte da doutrina, mas, ao contrário, limitam-nas. Afinal, diante das especificidades próprias de determinada

facticidade, haverá uma resposta que será a mais adequada, aquela que o direito, em sua historicidade, terá a oferecer.

Como a constituição do direito é resultado de um trabalho histórico coletivo — e não de um ato voluntarista *ad hoc*, praticado por poucos indivíduos —, o direito é, sim, dotado de autonomia. Sendo assim, ele é determinado, na medida em que sua concretização deve se conformar à história institucional da qual é constituído e à qual permanece vinculado.

A impossibilidade de se obter respostas absolutas e pré-existentes não decorre de uma indeterminabilidade do direito, mas, antes, do fato de que sua concretização depende da facticidade — ou, em outras palavras, da prévia formulação das perguntas a serem respondidas.

Um exemplo disso são os contratos de trabalho. Neles, a subordinação, que é elemento essencial à caracterização da relação de emprego, é traduzida em termos econômicos como incompletude contratual (*contractual incompleteness*). Isso porque a minuta do contrato de trabalho não é capaz de detalhar, de forma prévia e exaustiva, todas as tarefas a serem desempenhadas pelo empregado, tampouco todas as situações futuras que constituirão essa relação jurídica.

Entretanto, a limitação inexorável da minuta contratual está longe de significar a ausência de padrões normativos reguladores da relação de emprego. Afinal, subjacente às regras está o conjunto da princípiologia constitucional. Tanto a minuta contratual originária quanto a regulamentação suplementar que lhe for adicionada — inclusive por meio de comandos orais — estão subordinadas à dimensão de equidade e justiça (*fairness dimension*) (DEKIN; MALMBERG; SARKAR, 2014, p. 03).

Disso se conclui que a “subordinação” é um conceito interpretativo. Ainda que seja possível sintetizá-la como sendo o compromisso que o trabalhador assume de obedecer às ordens razoáveis do empregador durante a vigência do contrato de trabalho, a perfeita compreensão do instituto dependerá do sentido atribuído, à luz da facticidade própria do caso concreto, ao conceito de razoável. Para a correção do sentido atribuído, será preciso sua conformação com a tradição autêntica do direito.

O exemplo demonstra o fechamento da interpretação ocasionado pelos princípios constitucionais, já que será apenas pela tradição da qual provêm que se poderá chegar ao que se entende por “razoável”, e qual a melhor interpretação a ser atribuída ao termo concretamente.

Ele também revela o caráter controverso do direito (DOWRKIN, 2006, p. 02), dados os profundos desacordos teóricos capazes de surgir sobre as suas determinações. Como no exemplo, a definição da extensão do que se entende por subordinação em uma relação jurídica pode depender da concepção do que é justo e equânime, de forma a se determinar o que pode ser compreendido por “ordem razoável”.

Apesar da dificuldade inherente à definição do que o direito prescreve e da concretização do que ele determina, não há que se duvidar de sua autonomia. Tais circunstâncias apenas reforçam a responsabilidade política do julgador, a quem compete demonstrar por que a decisão tomada é a que melhor se adequa ao direito, por ser aquela mais adequada à Constituição, às leis, aos precedentes e também à doutrina (ABBOUD, 2014, n.p.).

## OS PRECEDENTES À BRASILEIRA E O VELAMENTO DA FACTICIDADE

Para explicar os ideais de integridade e coerência do direito, Dworkin propõe a metáfora do romance em cadeia. Nela, diferentes romancistas são convidados para comporem juntos uma obra comum. A estrutura dessa obra coletiva não é a de uma antologia de contos esparsos e autônomos entre si, mas a de uma narrativa singular de prosa coesa. Cada um dos autores é encarregado de desenvolver parte desse enredo. Para realizar bem a tarefa, cada um deles deve manter a coerência com a história desenvolvida nos capítulos anteriores, e à luz da melhor interpretação da trama até então criada, desenvolvê-la da melhor forma possível no capítulo a ser escrito. Portanto, cada romancista deve atuar como autor e crítico, simultaneamente.

Assim deve ser com o direito. A sua realização prática não deve ser o resultado de decisões distintas, desconexas entre si e para com o todo que compõe a história institucional do direito. Nenhuma decisão pode ser tomada livremente, segundo um interesse estratégico (DWORKIN, 1999, p. 203 e 263). Deve, antes, ser aquela que melhor se adequa à história da qual faz parte.

Se, por um lado, o juiz não é livre para tomar a decisão de maneira desconexa com a trama até então desenvolvida, por outro, ele não deve replicá-la às cegas, de forma a manter a todo custo a coerência, ainda que seja no erro. Os ideais de coerência e integridade se completam. A cadeia formada ao longo do tempo deve ser mantida enquanto o argumento de princípio que lhe é subjacente assim o determinar. Se houverem razões que inclinam a decisão em sentido oposto àquele das decisões do passado, cabe ao julgador explicitá-las, justificando o redirecionamento da narrativa histórico-sequencial em outra direção (DWORKIN, 1999, p. 264).

Isso porque a vinculatividade das decisões tomadas no passado advém da racionalidade de seus fundamentos. São, portanto, as razões determinantes da decisão que lhe confere força vinculante. É por isso que aplicar um caso-precedente requer a identificação de sua *ratio decidendi*; a verificação da manutenção de sua validade normativa, bem como a correlação com o caso em julgamento. Logo, a aplicação de decisões pretéritas não é feita de forma automática, a existência de paradigmas tampouco exime o julgador da tarefa de interpretar.

Contudo, desde a publicação da Lei 13.105/2015 (CPC/2015), parte da doutrina tem defendido a ideia de que teria sido inaugurado no ordenamento jurídico brasileiro um sistema de precedentes. Para essa corrente, a vinculatividade das decisões passadas advém, não da racionalidade de seus fundamentos, mas da autoridade do órgão que as proferiu, as chamadas Cortes Supremas ou de Vértice. Somente a elas caberia a tarefa de interpretar e atribuir sentido ao direito, enquanto aos demais juízes e tribunais restariam a aplicar, por subsunção, a tese firmada (MARINONI; MITDIERO; ARENHART, 2015, p. 105).

Há, portanto, uma aposta de que as teses firmadas no âmbito de julgamento de demandas repetitivas sirvam como um estoque de normas gerais e abstratas, capazes de solucionar diversas outras demandas, inclusive futuras, e, com isso, reduzir o número de processos.

Ao pretenderem criar padrões normativos pró-futuro, as assim chamadas Cortes de Vértice acabam por invadir a competência do Poder Legislativo. E uma vez que a forma defendida para a aplicação dos provimentos vinculantes (art. 927, CPC) é o ato subsuntivo, o resultado é um novo velamento da facticidade.

Com isso, parte da doutrina, ainda resistente aos avanços obtidos pós-viragem ontológico-linguística, acaba por resgatar, ainda que inadvertidamente, o postulado do positivismo exegético e, a reboque, as suas insuficiências. Agora, contudo, o juiz-boca-da-lei é substituído pelo juiz-boca-do-provimento-vinculante (ABBOUD, 2016, p. 65-66).

Um exemplo paradigmático das consequências negativas de se reduzir o direito àquilo que os Tribunais, em especial as Cortes Superiores, dizem sobre ele, é o julgamento do Recurso Especial 1.340.553/RS, representativo da controvérsia do tema repetitivo 568.

Instado a analisar os parâmetros normativos que regulamentam a contagem da prescrição intercorrente da pretensão executória da Fazenda Pública, para a satisfação de crédito tributário, de forma a conferir segurança na interpretação do instituto, o Superior Tribunal de Justiça firmou a tese segundo a qual “a efetiva constrição patrimonial e a efetiva citação (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, não bastando, para tanto, o mero peticionamento em juízo, requerendo”.

Ao dizer que a citação é causa interruptiva da prescrição, a tese vai de encontro ao que prevê o texto expresso de lei (art. 174, parágrafo único, I, CTN e art. 240, § 1º, CPC), o qual diz que o ato processual que verdadeiramente interrompe a prescrição é o despacho que ordena a citação, cujos refeitos retroagem à data da propositura da demanda.

Para além disso, a tese também fere o parâmetro da reserva legal. Segundo entendimento há muito firmado pelo Supremo Tribunal Federal, prescrição e decadência são matérias reservadas à lei complementar (RE 556.664-1/RS). É, portanto, o Código Tributário Nacional — lei ordinária recepcionada pelas Constituições de 1967/1969 e de 1988 como lei complementar — o diploma legal que regulamenta esses institutos. O CTN lista taxativamente as causas interruptivas no parágrafo único do art. 174. Da leitura do dispositivo, constata-se que a penhora efetiva não figura como uma dessas causas.

Portanto, dada a ausência de previsão legal, a penhora não pode ser uma causa interruptiva da prescrição, apesar de ser um ato processual com influência sobre a sua contagem. Tal influência resulta do fato de que, garantido o crédito, o exequente não poderá mais exercitar a pretensão executória em sua extensão original, sob pena de excesso de execução. Logo, a garantia do crédito como resultado da penhora retira, no todo ou em parte, a oponibilidade da pretensão executória, que deixa assim de existir.

A perda da oponibilidade da pretensão suspende a contagem do prazo prescricional, na exata extensão da garantia conferida ao crédito, assim como acontece com a moratória, o depósito integral do valor, a concessão de liminar suspendendo a exigibilidade e o parcelamento (art. 151, I, II, V, V e VI, CTN).

Partido disso, é de se concluir que, ao que parece, ao julgar o tema 568, o STJ utilizou o termo “interromper” num sentido atécnico, como sinônimo de “sobrestamento”. Porém, bastou a assertiva lançada na tese – de que a “penhora efetiva interrompe a prescrição” – para que ela passasse a ser replicada, sem ressalvas, pelos demais juízes e tribunais. Isso deu ensejo a questões ainda não respondidas.

Afinal, superados os limites semânticos do art. 174, CTN, não é mais possível saber, de antemão e com segurança, quais são efetivamente os atos processuais com influência

sobre a contagem da prescrição e que tipo de influência seria essa: se interrupção ou suspensão. E mais, resta ainda saber se a prescrição do crédito tributário poderá ser interrompida mais de uma vez, e qual seria o fundamento normativo – se é que a essa altura isso ainda conta – da assertiva de que jurídica válida a múltipla interrupção da prescrição.

De nossa parte, temos que não só não há previsão normativa para que a prescrição no crédito tributário possa ser interrompida várias vezes, como há, na verdade, proibição legal para que isso ocorra: art. 202, *caput*, CC, c/c art. 110, CTN.

Além disso, a multiplicidade de interrupções contrariaria a premissa firmada pelo STJ no mesmo provimento vinculante, pelo qual “nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria Fazendária encarregada da execução das respectivas dívidas fiscais” (REsp 1.340.553/RS, tema repetitivo 566).

Essa situação exemplifica como, ao dizer que o caráter vinculante provém não da racionalidade dos fundamentos do provimento, mas da autoridade do órgão prolator, a teoria dos precedentes à brasileira cria um cenário no qual a disposição da lei pode ser sobrepujada; provimentos vinculantes conflitantes convivam entre si; e essas contradições — que seriam demonstráveis à luz das especificidades do caso, primeiro passo para que fossem superadas — não venham à tona, dado o velamento da facticidade pela abstração da tese, resposta construída antes mesmo de formuladas as perguntas.

Há, por detrás da aposta nos provimentos vinculantes e de sua aplicação automática e acrítica pelos demais juízes e tribunais, uma busca por eficiência que suplanta direitos. Como demonstra o exemplo da tese firmada no tema repetitivo 568, utilizada como um trunfo para eximir o julgador da tarefa de analisar as especificidades do caso concreto, apesar da errônea assertiva do provimento de que a citação — e não o despacho que a ordena — e penhora efetiva são, indistintamente, causas interruptivas do prazo prescricional.

O resultado disso é o enrijecimento do direito, que perde em complexidade na sua aplicação, uma vez que a facticidade passa a não mais importar, ou importar pouco. Essa problemática se aprofunda com a popularização do emprego de modelos de linguagem (inteligência artificial). Com isso, o processo, tomado como instrumento, ganha em eficiência, mas à custa de direitos fundamentais. O direito sofre, portanto, de uma crise de legitimidade.

Em sentido contrário ao apregoado pela doutrina precedentalista, não há norma jurídica abstrata; o processo não é instrumento, mas garantia; e um verdadeiro precedente não nasce, desde já, um precedente, mas torna-se a partir do confronto da racionalidade de suas razões determinantes às especificidades do caso similar a ser decidido (STRECK; ABOUD, 2016, p. 82). Ou seja, surgida a questão, a construção da resposta mais adequada ocorrerá no ato de concretização do direito, numa unidade incindível formada entre os dados linguísticos concernentes aos fatos e os dados linguísticos que compõem o ordenamento jurídico (leis, doutrina, provimentos vinculantes etc.).

## CONCLUSÃO

Na atribuição de sentido ao texto normativo há uma tensão entre o seu horizonte histórico, formado pela tradição significante que o cinge, e o horizonte do presente, que se manifesta no intérprete, que, impulsionado pelas circunstâncias do caso com o qual se confronta, é chamado a compreendê-lo juridicamente. A correta interpretação exige que essa tensão não seja ocultada, mas desenvolvida conscientemente (GADAMER, 2007, 405), e que o sentido atribuído seja coerente com a história institucional do direito, ao mesmo tempo em que a desenvolva da melhor forma possível.

O momento de manifestação dessa tensão é o da realização prática do direito, com a concretização da norma, que é, assim, formada tanto pela facticidade quanto pelas disposições normativas, em uma relação de interdependência. É a partir dessa unidade que se torna possível construir a resposta mais adequada ao caso.

Portanto, o “depende” da anedota refere-se à impreverível necessidade de considerar a facticidade para a construção da resposta adequada (norma jurídica), e não a um ceticismo quanto à determinabilidade e autonomia do direito.

## JULGADOS

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.340.553/RS. Primeira Seção, rel. min. Mauro Campbell Marques, DJe 16.10.2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 556.664-1/RS. Tribunal Pleno. Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 12.06.2008.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Discretionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial* [livro eletrônico]. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ABBOUD, Georges. Do genuíno precedente do ‘stare decisis’ ao precedente brasileiro: fatores histórico, hermenêutico e democrático que os diferenciam. In: *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*. Ano 2, vol. 2, n. 1. Jan-Jun 2016.

BRAGA, Tatiana Benevides Magalhães; FARINHA, Marciana Gonçalves. Heidegger: em busca de sentido para a existência humana. In: *Revista da Abordagem Gestáltica* [p. 65-73]. v. 23. n. 1. abr. 2017. Disponível: <http://pepsic.bvsalud.org>.

DEKIN, Sion; MALMBERG, Jonas; SARKAR, Prabirjit. How do labour laws affect unemployment and the labour share of national income? The experience of six OECD countries. *International Labour Review*, vol. 153, no. 1, 2014.

DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade*: a leitura moral da Constituição norte-americana. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução: Flávio Paulo Meurer. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução: Fausto Castilho. Campinas/SP: Unicamp; Petrópolis/RJ: Vozes, 2012.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução: Fausto Castilho. Campinas, SP: Unicamp; Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

LIMA, Danilo Pereira. *Discricionariedade judicial e resposta correta: a teoria da decisão em tempos de pós-positivismo*. Revisão dos Tribunais. v. 938/2013 [p. 365-389]. Dez. 2013.

LIMA, Lucas Rodrigues Lima. *Hermenêutica jurídica e (re)construção do direito: fundamentos para a resposta adequada à Constituição*. Londrina/PR, Thoth, 2022.

LIMA, Lucas Rodrigues. A interpretação da regra de isenção tributária à luz da hermenêutica filosófica. *Revista de Direito Tributário Contemporâneo*. vol. 37. ano 8 [p. 213-235]. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 2023.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *O processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. Tradução: Peter Naumann; Eurides Avance de Souza. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Tradução: Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2006.

REALE, Giovane; ANTISERI, Dario. *História da filosofia*. Vol. 5. Do romantismo ao empirismo. São Paulo: Paulus, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. Tribunais legislam? Fazem “estoque” de “Normas pro futuro”? In: *Consultor Jurídico*. Disponível em: [bit.ly/449qxml](https://bit.ly/449qxml). Publicado: 28.06.2022. Acesso: 08.04.2025.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz; ABBOUD, Georges. O NCPC e os precedentes – afinal, do que estamos falando? In: *Revista do TRF3*. [p. 81-87]. Ano XXVII. n. 128. jan.mar. 2016, p. 82.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*: quarenta termos fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 70.

ZANETI JÚNIOR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil: uma ponta entre hermenêutica e analítica?* Revista de Processo. v. 259 [p. 21-53]. RT Online, 2016.